



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Universidad Pontificia de Comillas

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Curso 2020/2021

AUTOR: Ana Barros Magdalena

TUTOR: Antonio Palou Bretones

ÍNDICE

ABREVIATURAS	2
I. INTRODUCCIÓN	4
II. ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES	6
APARTADO A. “Respecto de Ñ2, GAB y CHI”	6
Apartado A.1. Venta de la participación de Ñ2 en GAB	7
Apartado A.2. Percepción del dividendo de CHI	13
APARTADO B. “El caso de la filial de UK”	18
Apartado B.1. Adquisición de los activos. Implicaciones en materia de tributación indirecta	20
Apartado B.2. Vehículo de inversión en España	24
APARTADO C. “Reorganización de los activos de Ñ3”	29
Apartado C.1. Sobre la operación de reestructuración. Aplicación del RER .	31
Apartado C.2. Tributación de la venta de las participaciones	36
APARTADO D. “Ñ4 y Ñ5”	38
Apartado. D.1. Sobre las Bases Imponibles Negativas.....	38
Apartado D.2. Sobre la tributación del Plan de opciones.....	42
APARTADO E. “Eliminación del derecho de crédito de SUI frente a Ñ6”	44
APARTADO F. “Sobre la donación de Don A a sus hijos, B y C”	51
III. CONCLUSIONES	59
BIBLIOGRAFÍA	62

ABREVIATURAS

AIB	Adquisiciones Intracomunitarias de Bienes.
AJD	Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.
BI	Base Imponible.
BINS	Bases Imponibles Negativas.
BL	Base Liquidable.
CDI	Convenio de Doble Imposición.
DGT	Dirección General de Tributos.
EEE	Espacio Económico Europeo.
EP	Establecimiento Permanente.
INCN	Importe Neto de Cifra de Negocios.
IRNR	Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
IS	Impuesto sobre Sociedades.
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
ITP	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido.
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
LIRNR	Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades.
LISD	Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
LITP- AJD	Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
LIVA	Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales.
LPGE	Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

OS	Operaciones Societarias.
PGE	Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
RIRF	Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.
RIVA	Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido y se modifica el Real Decreto 1041/1990, de 27 de julio, por el que se regulan las declaraciones censales que han de presentar a efectos fiscales los empresarios, los profesionales y los obligados tributarios; el Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, por el que se regula la composición y la forma de utilización del número de identificación fiscal, el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, y el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, por el que se establece el procedimiento de aplicación de las Directivas de la Comunidad Económica Europea sobre intercambio de información tributaria.
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TPO	Transmisiones Patrimoniales Onerosas.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

El principal objetivo de este Informe consiste en analizar las implicaciones tributarias que se derivan de la realización de diferentes operaciones en el seno de una sociedad holding perteneciente a un grupo familiar español, así como las posibles alternativas y riesgos fiscales que pueden surgir a la hora de llevarlas a cabo, con el fin de determinar su futura (y más beneficiosa) tributación.

Con la finalidad de centrar el objeto del presente trabajo, conviene hacer una breve mención de la estructura societaria del grupo familiar, lo que permitirá dilucidar el marco en el que se encuadrarán las diferentes operaciones que serán objeto de análisis.

Pues bien, la sociedad de referencia es Ñ1, una sociedad holding cuya titularidad pertenece íntegramente a un grupo familiar español (en adelante, la “Familia”), integrado por un padre y sus dos hijos (Don A, B y C, respectivamente).

La estructura de la sociedad holding, dedicada a la gestión de las entidades que participa, es la siguiente:

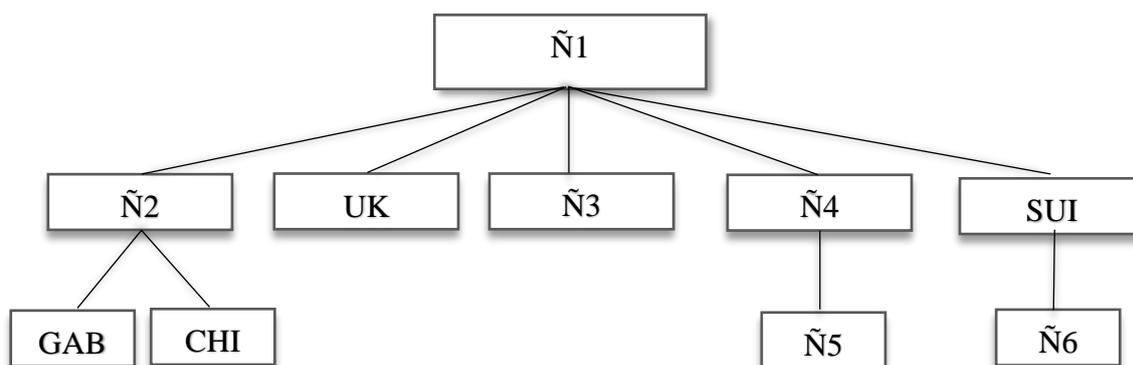


Figura 1

Pues bien, en primer lugar, Ñ2 es una sub-holding española, titular de la totalidad de las participaciones de dos filiales operativas no residentes, dedicadas a la gestión de infraestructuras en Gabón y Chile (denominadas GAB y CHI, respectivamente), de las que son residentes fiscales.

Con respecto de GAB, Ñ2 se plantea la venta de la totalidad de sus participaciones, así como la distribución de un dividendo por parte de CHI.

En el caso de la filial UK, residente en el Reino Unido y dedicada a la actividad de las telecomunicaciones, la operación que se plantea consiste en la adquisición de una serie de activos situados en territorio español, pertenecientes a una sociedad española ajena a Ñ1, así como la constitución de una o más sociedades en España para realizar la inversión.

Por su parte, la sociedad Ñ3 se dedica a la formación superior, que desarrolla a través de los activos de su propiedad, entre los que se incluyen tanto los elementos patrimoniales,

como bienes inmuebles. En cuanto a estos últimos, también están afectos a la actividad de arrendamiento, que Ñ3 desarrolla separadamente, contando para ello con medios humanos y materiales exclusivos. Recientemente, un fondo internacional ha manifestado su deseo de coinvertir en la actividad puramente inmobiliaria, por lo que se ha planteado a la Familia la posibilidad de escindir dichos activos y aportarlos a una sociedad española de nueva constitución.

Por otra parte, Ñ4 es la socia única, entre otras entidades que no aparecen en el organigrama, de la constructora inmobiliaria Ñ5. Ésta última ha retomado su actividad hace meses después de verse obligada a paralizar la misma como consecuencia de la crisis del sector inmobiliario español, por lo que se cuestiona la posibilidad de compensar en los ejercicios futuros las pérdidas derivadas de su anterior periodo de actividad.

Asimismo, Ñ5 ha ofrecido a sus empleados en el marco de un plan de incentivos a largo plazo, opciones intransmisibles sobre las participaciones de su sociedad matriz Ñ4, preguntándose éstos, las consecuencias que a efectos de tributación se derivan de su concesión y ejercicio.

Por último, la filial SUI, residente en Suiza y dedicada a la comercialización de productos veterinarios, adquirió la totalidad de las participaciones de la sociedad española operativa Ñ6, así como un derecho de crédito que frente a Ñ6 ostentaba la entidad vendedora (no vinculada con Ñ1), por lo que está interesada en conocer los pros y contras de la eliminación de la mencionada deuda por medio de su condonación o capitalización.

Y para finalizar, Don A se plantea transmitir de inmediato la nuda propiedad de sus participaciones en Ñ1, por partes iguales, a cada uno de sus hijos B y C, cuestionándose por ello las consecuencias tributarias de la operación.

Pues bien, de conformidad con lo anteriormente expuesto, se procederá a analizar las cuestiones planteadas desde una perspectiva fiscal meramente española, determinando los efectos de la aplicación de la regulación nacional tanto en aquellas operaciones desarrolladas en el seno de la holding Ñ1 -como persona jurídica-, como en aquellas ejecutadas por sus socios o empleados -desde el punto de vista de la persona física-, lo que implica, consecuentemente, un estudio completo de la normativa tributaria española, incluyendo por ello tanto tributos directos como indirectos.

Por último, cabe mencionar que el trabajo seguirá la estructura prevista en la presente Introducción y en el enunciado propuesto, resolviendo las cuestiones que se plantean por el orden establecido. De esta forma, la resolución de las diferentes cuestiones se realizará incluyendo, en primer lugar, una mención al marco contextual y normativo de la concreta operación, para luego proceder su estudio, que como ya se ha anticipado, consistirá en el análisis de las implicaciones tributarias, alternativas y riesgos que surgen desde el punto de vista de la aplicación de la normativa fiscal española.

II. ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES

APARTADO A. “Respecto de Ñ2, GAB y CHI”

En el presente apartado se llevará a cabo el análisis y cuantificación de la carga tributaria que se deriva para Ñ2 por la venta de la totalidad de su participación en GAB, así como por la percepción del dividendo distribuido CHI, analizando las alternativas que la normativa fiscal española permite, con el fin de determinar la tributación más beneficiosa de las operaciones.

Para facilitar la resolución de las cuestiones planteadas, se procederá separadamente al estudio de las operaciones, si bien, con carácter previo, haremos mención de la normativa que será objeto de análisis.

En primer lugar, Ñ2 es una sub-holding española, es decir, una sociedad dedicada a la gestión de las entidades que participa. En la medida en que de la ejecución de las operaciones de venta de la participación en GAB y distribución del dividendo de CHI, Ñ2 percibirá una renta, y que ésta última tiene la consideración de contribuyente a efectos del Impuesto sobre Sociedades español¹ (en adelante, “IS”), la operación estará sujeta a este impuesto.

Sin embargo, a pesar de que la tributación de la renta percibida se producirá en España, es necesario destacar el hecho de que, en ambos casos, las rentas han sido generadas (y posible o efectivamente gravadas) en otro Estado, lo que determina la concurrencia del fenómeno de la “doble imposición”.

La figura de la doble imposición se pone de manifiesto –como su propio nombre indica–, cuando una renta es doblemente gravada y puede ser definida como “aquella situación en la que un mismo hecho imponible, fundamentalmente la obtención de una renta, es sometido a tributación en varios Estados o dentro de un mismo Estado por el mismo o análogo concepto tributario y en el mismo período impositivo”².

De esta definición se desprende, por lo tanto, una doble distinción entre la doble imposición jurídica y económica, y doble imposición interna e internacional. Sin ánimo de ser exhaustivo, y a los efectos que aquí interesan, la doble imposición económica es definida como aquella por medio de la cual una misma renta es gravada en sede de dos sujetos pasivos diferentes. Asimismo, la doble imposición internacional (o externa), se produce cuando una misma renta se grava dos veces, en dos jurisdicciones diferentes.

¹ A los efectos que aquí interesa, el artículo 4 de la LIS dispone que constituye el hecho imponible del impuesto la obtención de renta por el contribuyente, cualquiera que fuese su fuente u origen, teniendo la consideración de contribuyentes las personas jurídicas que tengan su residencia en territorio español, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la LIS.

² Gómez de la Torre del Arco, M. (2016). “El nuevo tratamiento de la doble imposición en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades”. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLIX. Pág. 405.

Los perjuicios que, a efectos de tributación, se derivan de la existencia de la doble imposición, han generado la necesidad de regular mecanismos tendentes a eliminarlos, entre los que cabe distinguir: (i) los previstos a nivel externo, pactados entre uno o más Estados (tratados multilaterales, Convenios de Doble Imposición, etc.) y (ii) aquellos previstos a nivel interno por la normativa propia de cada Estado. En nuestro caso, la LIS regula el empleo de dos mecanismos concretos para evitar la doble imposición: el método de exención (en sus artículos 21 y 22) y deducción (artículos 31 y 32).

Con carácter general, el método de exención es considerado el mecanismo más efectivo para evitar la doble imposición, en la medida en que el sujeto pasivo -a efectos prácticos-, “no integra” en su base imponible (en adelante, “**BI**”) aquellas rentas que han sido sometidas previamente a tributación.

El segundo de los mecanismos previstos en la LIS es el método de deducción o imputación, por el cual, a diferencia del método de exención, se integran en la base imponible del contribuyente las rentas brutas percibidas, deduciendo posteriormente de la cuota íntegra el importe del impuesto ya soportado en el extranjero por las mismas, con determinados límites.

La elección del mecanismo más adecuado para paliar los efectos de la doble imposición dependerá de cada caso en concreto, de modo que, una vez expuestos los mecanismos previstos en la normativa española para evitar las consecuencias de la doble imposición, se procederá a determinar su aplicación en cada una de las operaciones, con el fin de concluir de cuál de ellos se deriva una tributación más beneficiosa de la operación.

Apartado A.1. Venta de la participación de Ñ2 en GAB

En primer lugar, y de conformidad con la información facilitada por el cliente, los hechos y elementos más relevantes a tener en cuenta en la operación de venta, son los siguientes:

- La participación en GAB fue adquirida por la sub-holding Ñ2 en enero de 2010, siendo su valor de adquisición de 35 millones de euros. El valor de transmisión de las participaciones previsto es de 95 millones de euros.
- En enero de 2017, en el marco de un acuerdo fiscal, el Estado gabonés concedió a GAB una exención fiscal muy amplia, aplicable desde ese periodo impositivo y vigente a fecha de hoy, que incluye impuestos directos, indirectos y locales.
- La sociedad gabonesa GAB nunca ha distribuido beneficios y desde su adquisición, ha acumulado unas reservas 34 millones de euros, con el siguiente detalle:

Beneficio 2010: 2 millones de euros.

Beneficio 2011: 2 millones de euros.

Beneficio 2012: 2 millones de euros.

Beneficio 2013: 3 millones de euros.

Beneficio 2014: 4 millones de euros.

Beneficio 2015: 3 millones de euros.

Beneficio 2016: 3 millones de euros.

Beneficio 2017: 5 millones de euros.

Beneficio 2018: 5 millones de euros.

Beneficio 2019: 5 millones de euros.

- Además, GAB tiene una serie de activos cuyas plusvalías tácitas ascienden a 20 millones de euros.

De conformidad con lo expuesto, en la medida en que no ha sido firmado por el Reino de España ningún convenio con Gabón que establezca el tratamiento de la doble imposición que puede aflorar por las relaciones entre los Estados, se atenderá a los métodos previstos en la normativa española para evitarla.

Pues bien, en relación con el **método de exención**, el artículo 21.3 de la LIS establece una exención al impuesto de la renta positiva obtenida en la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, siempre que se cumplan una serie de condiciones.

Los requisitos que en concreto se deben de cumplir en sede de Ñ2 para que sea de aplicación el método de exención, son los siguientes: **(i)** que el día en el que se produzca la transmisión ostente un porcentaje mínimo de participación (directa o indirecta) del 5% en los fondos propios de GAB, o que el valor de adquisición de su participación sea superior a 20 millones de euros; **(ii)** que haya mantenido la posesión de la participación en GAB de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que vaya a realizar la venta; **(iii)** que durante todos los ejercicios de tenencia de la participación, GAB haya estado sujeta y no exenta por un impuesto gabonés de naturaleza idéntica o análoga al IS, a un tipo nominal mínimo del 10% en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios en los que se participa Ñ2, con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos³.

Así pues, si bien cabe afirmar con rotundidad el cumplimiento de los requisitos (i) y (ii) antes mencionados -puesto que Ñ2 ostenta el 100% de la participación directa en GAB de forma ininterrumpida desde el año 2010-, el requisito (iii) deberá ser objeto de

³ El artículo 21.1.b) de la LIS establece la presunción *iuris et de iure* por la cual este requisito se entenderá cumplido directamente cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información. Asimismo, se entenderá incumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal. En la medida en que, como se ha afirmado anteriormente, no ha sido firmado un convenio entre el Reino de España y Gabón, y éste último no tiene la calificación de paraíso fiscal por la OCDE, a efectos de una mayor claridad expositiva, no se hará mención a estas dos excepciones.

análisis, a fin de determinar la efectiva tributación en Gabón, de los beneficios y rentas de GAB en los que se participa Ñ2.

Pues bien, de conformidad con el *Code Général des Impôts* de Gabón, GAB está en principio, sujeta y no exenta al *Impôt sur les sociétés*; un impuesto de naturaleza análoga al IS, cuyo tipo nominal medio aplicable a GAB asciende al 30%⁴. Sin embargo, cabe destacar que desde el año 2017, GAB ha estado exenta del pago de este impuesto, de conformidad con el acuerdo fiscal firmado por GAB con el Estado gabonés, lo que determina el incumplimiento desde este periodo del requisito (iii) antes mencionado⁵ y consecuentemente, la imposibilidad de aplicar la exención del artículo 21.3 de la LIS, a la parte de la renta generada durante este periodo.

De esta forma, en la medida en que el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 21.3 de la LIS para que sea aplicable la exención, se cumplen durante el periodo comprendido entre los ejercicios 2010-2016 (es decir, desde la fecha de adquisición de las participaciones, hasta la entrada en vigor del mencionado acuerdo de exención), solo la parte de la renta que se corresponde con los beneficios generados durante este periodo se puede beneficiar de la exención.

La aplicación parcial de la exención está prevista en el propio artículo 21.3 de la LIS, que establece una serie de reglas para calcular la parte de la renta que se beneficia de la exención, diferenciando para ello entre las plusvalías expresas y las plusvalías tácitas generadas durante el tiempo de tenencia de la participación. Las consecuencias que a efectos prácticos se derivan de la aplicación de las mencionadas reglas, son las que a continuación se exponen.

Pues bien, partimos de la base de que la operación de transmisión de las participaciones genera en Ñ2 una renta positiva de 60 millones de euros, derivados de la diferencia

⁴ En este sentido, de conformidad con el artículo 4 del *Code Général des Impôts*, el *Impôt sur les sociétés* grava los beneficios y rentas de las empresas y otras personas jurídicas en Gabón. En su artículo 6, hace mención de las empresas o personas jurídicas que están exentas del impuesto, entre las que no se encuentra GAB, de conformidad con la actividad que desarrolla. Por último, el artículo 16 del *Code*, establece los diferentes tipos nominales del impuesto, siendo el primero de ellos (del 30%) aplicable a aquellas sociedades que no se encuentren incluidas entre las sociedades a las que son de aplicación los otros dos tipos impositivos previstos (del 35 y 25%, respectivamente).

⁵ A modo de aclaración, el requisito (iii) antes mencionado se corresponde con el apartado b) del artículo 21.1 de la LIS, que dispone:

*“Adicionalmente, en el caso de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, **que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto** a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa, **con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos**”* (el subrayado y la negrita son nuestros).

De esta forma, el requisito impone la obligación de que la sociedad cuya participación se transmite, haya estado sujeta y no exenta al impuesto extranjero, con independencia de que posteriormente, por la aplicación de la normativa fiscal extranjera, la renta haya sido objeto de exención, bonificación, reducción o deducción en el país extranjero en el que se grava.

Es por ello por lo que, en nuestro caso, en la medida en que el acuerdo firmado por GAB y el Estado gabonés, concede una exención a la propia empresa GAB y no una exención sobre sus beneficios de conformidad con la normativa aplicable, se entenderá incumplido el requisito (iii) mencionado durante el tiempo de vigencia del acuerdo.

entre los valores de adquisición y de transmisión de las participaciones, que ascienden a 35 millones de euros y 95 millones de euros, respectivamente.

De la renta de 60 millones de euros, de conformidad con los datos aportados por el cliente (y expuestos al inicio de este apartado), 34 millones de euros provienen de un incremento de los beneficios de GAB que no han sido distribuidos, que se corresponden con las plusvalías expresas. Asimismo, 20 millones de euros se corresponden con las plusvalías tácitas generadas por los activos de GAB. Los 6 millones de euros restantes se corresponden con un aumento del valor de la participación, que a los efectos que aquí interesan, tendrán la consideración de plusvalías tácitas.

De conformidad con el artículo 21.3 de la LIS, estará exenta la parte de las plusvalías expresas que hayan sido generados en aquellos ejercicios en los que se cumplen los requisitos establecidos para la exención (esto es, los requisitos (i), (ii), (iii) antes mencionados). De esta forma, exentos los beneficios generados durante los ejercicios 2010-2016, cuyo importe asciende a 19 millones de euros, no pudiendo beneficiarse de la exención aquellos generados durante los ejercicios 2017-2019, cuyo importe asciende a 15 millones de euros.

Asimismo, en relación con las plusvalías tácitas, estará exenta la parte que se haya generado durante los ejercicios en los que, como en el caso anterior, se cumplen los requisitos establecidos para la exención, entendiéndose generadas de forma lineal durante el tiempo de tenencia de la participación (esto es, proporcionalmente a lo largo de los 10 años de tenencia de la participación).

De esta forma, del importe de 20 millones de euros de las plusvalías tácitas de los activos, gozarán de la exención 14 millones de euros (presuntamente generados durante los ejercicios 2010-2016), no siendo de aplicación la exención sobre los 6 millones de euros restantes, cuya generación es imputable a los ejercicios 2017-2019.

Por otra parte, de las plusvalías tácitas de 6 millones de euros que afloran por la transmisión de la participación, presumiendo que se han generado de forma lineal durante los 10 años de tenencia, estarán exentas 4.200.000 euros (de los ejercicios 2010-2016), no siendo de aplicación la exención sobre los 1.800.000 euros generados en los ejercicios 2017-2019.

Cabe destacar que el artículo 21.3 de la LIS, dispone que la parte de la renta que no tenga derecho a la exención le será de aplicación el mecanismo de deducción para evitar la doble imposición previsto en el artículo 31 de la LIS, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para su aplicación, entre los que se incluye, lógicamente, que esa parte de la renta haya estado efectivamente sujeta a tributación en el extranjero. De esta forma, en la medida en que, en nuestro caso, la parte de la renta que no se beneficia de la exención, no ha estado sujeta a tributación en el Estado gabonés, no se podrá aplicar el método de deducción previsto en el artículo 31 de la LIS.

En virtud de lo expuesto, y para una mayor claridad expositiva, la relación de las rentas exentas y no exentas es la siguiente:

Año de tenencia	Beneficios no distribuidos	Plusvalías tácitas de los activos	Plusvalías tácitas	
2010	2	2	600.000	Parte de la renta sobre las que es de aplicación la exención. Total = 37.200.000
2011	2	2	600.000	
2012	2	2	600.000	
2013	3	2	600.000	
2014	4	2	600.000	
2015	3	2	600.000	
2016	3	2	600.000	
2017	5	2	600.000	Parte de la renta sobre la que no es de aplicación la exención. Total = 22.800.000
2018	5	2	600.000	
2019	5	2	600.000	
Total 10	Total 34	Total 20	Total 6	Total 60

Figura 2

En resumen, de la renta total de 60 millones de euros derivada de la operación de transmisión de las participaciones de Ñ2 en GAB, estarán exentos 37.200.000 euros, correspondientes a la renta generada durante los ejercicios 2010-2016, no siendo de aplicación la exención sobre 22.800.000 euros que se corresponden con los beneficios generados durante los ejercicios 2017-2019, durante los que no se cumplen los mencionados requisitos.

En todo caso, de conformidad con el artículo 21.10 de la LIS (recientemente introducido por la LPGE de 2021⁶), la exención aplicable sobre el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad se reducirá en un 5% en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones, en la medida en que se presume que el INCN de Ñ2 en el ejercicio 2019 es superior a 40 millones de euros. De esta forma, la exención no ascenderá al 100% de la renta obtenida por la transmisión, sino que se corresponderá, a efectos prácticos, con una bonificación del 95% de la BI.

Por tanto, en la base imponible del impuesto, si bien se integrará la renta de 60 millones de euros derivada de la operación, en virtud de la aplicación de la exención, se realizará un ajuste extracontable negativo por el importe de 35.340.000 euros al que asciende la misma, minorando así la base imponible sobre la que se calculará el impuesto, que ascenderá, consecuentemente a 24.660.000 euros, que en aplicación del tipo medio del impuesto (del 25%), genera una tributación de la operación de 6.165.000 euros.

RESULTADO CONTABLE	60.000.000
Ajuste extracontable art.21 LIS (-)	(35.340.000)
BASE IMPONIBLE	24.660.000
CUOTA ÍNTEGRA/LÍQUIDA	6.165.000

Figura 3

⁶ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

Pues bien, una vez determinados los efectos que se derivan de la aplicación del método de exención previsto en el artículo 21 de la LIS, cabe analizar la aplicación del **método de deducción o imputación** previsto en el artículo 31 del mismo texto legal, con la finalidad de determinar por cuál de los dos métodos se genera una tributación más beneficiosa (y menos gravosa) de la operación.

El método de deducción previsto en el artículo 31 se calcula integrando en la base imponible del impuesto las rentas positivas obtenidas y gravadas en el extranjero (rentas brutas), para posteriormente, deducir de la cuota íntegra del impuesto la menor de las dos cantidades señaladas en la LIS: **(i)** el importe del impuesto de naturaleza análoga satisfecho en el extranjero o **(ii)** el importe de la cuota íntegra que correspondería pagar en España por las rentas si se hubiesen obtenido en territorio español.

En relación con el primer importe, teniendo en cuenta que GAB ha estado sujeto por un impuesto de naturaleza análoga al IS cuyo tipo nominal asciende al 30% durante los ejercicios 2010-2016, solo las rentas generadas durante este periodo habrán sido efectivamente gravadas en el extranjero y por lo tanto, solo sobre éstas será de aplicación el método de deducción.

De esta forma, la parte de renta que ha estado efectivamente gravada en Gabón se corresponde con las rentas generadas durante los años 2010-2016, cuyo importe asciende a 37.200.000 euros⁷, que tributando al 30%, ha generado una deuda tributaria de 11.160.000 euros en Gabón.

En cuanto al segundo de los importes, correspondiente con la cuota íntegra a pagar en España por las mencionadas rentas, éste asciende a 9.300.000 euros (37.200.000 euros al 25%). A efectos de deducción, se aplicará este importe, por ser el menor.

Determinados los importes anteriores, se parte de un resultado contable de 60 millones de euros que se derivan de la venta de la participación, a los que se le deben adicionar el importe del impuesto satisfecho en el extranjero, de 11.160.000 euros (ajuste extracontable positivo), lo que determina una BI de 71.160.000 euros.

A la cuota íntegra de 17.790.000 (BI al 25%), se le deducirá la menor de las cantidades antes mencionadas, que en este caso se corresponde con el importe de la cuota íntegra que correspondería pagar en España por las rentas (esto es, 9.300.000 euros), lo que determina una deuda tributaria de 8.490.000 euros.

RESULTADO CONTABLE	60.000.000
Ajuste extracontable art.21 LIS (+)	11.160.000
BASE IMPONIBLE	71.160.000
CUOTA ÍNTEGRA	17.790.000
Deducciones y bonificaciones	(9.300.000)
CUOTA LÍQUIDA	8.490.000

Figura 4

⁷ Véase Figura 2.

De esta forma, conviene la aplicación del método de exención a la renta percibida por la venta de las participaciones de Ñ2 en GAB, en la medida en que, por la aplicación de este método, se obtiene una tributación más beneficiosa de la operación.

Apartado A.2. Percepción del dividendo de CHI

En primer lugar, y de conformidad con la información facilitada por el cliente, la sociedad CHI fue constituida en noviembre de 2019 y como consecuencia de la obtención de beneficios durante los dos meses de ejercicio social, prevé la distribución de un dividendo a su socio único Ñ2, por importe de 3 millones de euros.

A diferencia del caso anterior, para el tratamiento de los efectos que de la doble imposición se generan en la operación, se atenderá a lo dispuesto en el convenio para evitar la doble imposición (en adelante, “CDI”) firmado entre el Reino de España y la República de Chile⁸ vigente en la actualidad.

Pues bien, el CDI regula el tratamiento de las rentas generadas y percibidas por los dos Estados Contratantes, previendo cuál de los dos Estados tendrá capacidad para gravar la correspondiente renta o bien, en caso de que se determine que las rentas pueden estar gravadas por ambos Estados, el mecanismo aplicable para eliminar la doble imposición.

En el presente caso, tratándose de dividendos⁹, será de aplicación el artículo 10 del CDI, que dispone:

*“1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante **pueden someterse a imposición en ese otro Estado.***

*2. Dichos dividendos **pueden someterse también a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos** y según la legislación de ese Estado. Sin embargo, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado Contratante, **el impuesto así exigido no podrá exceder del:***

*a) **5 por ciento del importe bruto de los dividendos** si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee directa o indirectamente al menos el 20 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos; (...)”* (el subrayado y la negrita son nuestros).

⁸ Convenio entre el Reino de España y la República de Chile para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 7 de julio de 2003 (BOE, 02-febrero-2004).

⁹ A efectos del CDI, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del mismo, tendrán la consideración de dividendos “los rendimientos de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como los rendimientos de otras participaciones sociales o derechos sujetos al mismo régimen tributario que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que realiza la distribución sea residente”.

De esta forma, en virtud del CDI se determina la capacidad de ambos Estados de gravar los dividendos, de forma que éstos pueden estar sometidos a tributación tanto en el estado de residencia (en el que se perciben), como en el estado de fuente (en el que se generan), si bien se establece una limitación del impuesto a pagar en este último, que no podrá exceder del 5% del importe bruto de los beneficios.

En relación con la eliminación de la doble imposición, el artículo 22 del CDI dispone que cuando un residente de España obtenga rentas que con arreglo a las disposiciones del CDI puedan someterse a imposición en Chile, los efectos de la doble imposición se eliminarán de conformidad con la normativa española, que permitirá, en todo caso, la deducción del impuesto sobre la renta efectivamente pagado por una sociedad que reparte los dividendos correspondiente a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan.

Pues bien, en virtud de lo expuesto, cabe analizar la aplicación del **método de deducción o imputación** previsto en el artículo 32 de la LIS, de aplicación a los casos de doble imposición económica internacional, sobre dividendos y participaciones en beneficios¹⁰.

Para la aplicación del mecanismo de deducción del artículo 32, será necesario que Ñ2 cumpla los siguientes requisitos, en concreto: **(i)** que ostente un porcentaje mínimo de participación (directa o indirecta) del 5% en los fondos propios de CHI, o que el valor de adquisición de su participación sea superior a 20 millones de euros y **(ii)** que haya mantenido la posesión de la participación en CHI de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que la mantenga con posterioridad a la operación durante el tiempo necesario para completar dicho plazo.

Determinado el cumplimiento de los requisitos, la aplicación del mecanismo de deducción consistirá, a los efectos que aquí interesa, en deducir el importe del impuesto efectivamente pagado por CHI en Chile, respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos, en la cuantía correspondiente a los mismos.

En este caso, a efectos prácticos, el importe correspondiente al impuesto efectivamente pagado por CHI en Chile respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos de 3 millones de euros, asciende a 810.000 euros, en la medida en que el tipo impositivo aplicable en Chile sobre este tipo de rentas asciende al 27%¹¹.

Sin embargo, de conformidad con el artículo 10 del CDI antes transcrito, se podrá practicar por parte del Estado de la fuente una retención máxima del 5% como consecuencia de la obtención de dividendos sobre la renta neta, es decir, lo que determina una retención máxima de 150.000 euros en Chile.

¹⁰ Destacar que, a efectos de la aplicación de los métodos para evitar la doble imposición previstos en la LIS, se establece también una definición propia de dividendo, así como del resto de rentas, que será de aplicación con independencia de la calificación jurídica que las rentas tengan en el estado de fuente.

¹¹ De conformidad con lo dispuesto en la normativa chilena de aplicación, esto es, la Ley sobre impuesto a la Renta n.º 824 de 1974, actualizada en noviembre de 2018.

La diferencia entre el impuesto efectivamente pagado en Chile por CHI de 810.000 euros, y la retención máxima permitida en virtud del CDI (esto es 150.000 euros), determina una diferencia de 660.000 euros, que deberán ser objeto de ajuste positivo en el resultado contable de Ñ2, que tendrá derecho a su devolución por parte de la Administración Tributaria Chilena. Asimismo, también será objeto de ajuste el importe de 150.000 euros del impuesto pagado en Chile, de conformidad con el CDI.

Una vez determinado el importe del impuesto que ha sido efectivamente pagado en el extranjero, a efectos de eliminar la doble imposición económica internacional de conformidad con el artículo 32 de la LIS, procede calcular la deducción para evitar la doble imposición jurídica de conformidad con el artículo 31 de la LIS.

Como en el supuesto antes mencionado, el método de deducción previsto en el artículo 31 se calcula integrando en la base imponible del impuesto las rentas positivas obtenidas y gravadas en el extranjero (rentas brutas), para posteriormente, deducir de la cuota íntegra del impuesto la menor de las dos cantidades señaladas en la LIS: (i) el importe del impuesto de naturaleza análoga satisfecho en el extranjero o (ii) el importe de la cuota íntegra que correspondería pagar en España por las rentas si se hubiesen obtenido en territorio español.

En relación con los importes mencionados, en la medida en que el importe de la renta íntegra que correspondería pagar en España asciende a 750.000 euros (esto es, los 3 millones por los dividendos percibidos al 25%), se tomará como importe a efectos deducción el importe del impuesto satisfecho en Chile, que de conformidad con el artículo 10 del CDI, asciende a 150.000 euros.

En resumen, por la distribución del dividendo se percibirían 3 millones de euros en sede de Ñ2, que se correspondería con su resultado contable. En la medida en que habrán estado sometidos a una tributación previa en Chile que asciende a 810.000 euros, el resultado contable debe realizarse un ajuste de 660.000 euros correspondiente al importe al que asciende el tributo efectivamente pagado en Chile y el máximo permitido por CDI, lo que, junto con el ajuste extracontable por el importe de 150.000 euros del impuesto pagado en el extranjero de conformidad con el CDI, determina una BI de 3.810.000 euros.

A la cuota íntegra de 952.500 (BI al 25%), se le deducirá el importe de 150.000 euros antes mencionado, correspondiente a la deducción por doble imposición jurídica, lo que determina una cuota líquida de 802.500 euros, que será la deuda tributaria de Ñ2 resultante de la percepción de los dividendos de CHI.

El esquema del cálculo de la deuda tributaria es el siguiente:

RESULTADO CONTABLE	3.000.000
Ajuste extracontable art.21 LIS (+)	660.000
Ajuste extracontable art.21 LIS (+)	150.000
BASE IMPONIBLE	3.810.000
CUOTA ÍNTEGRA	952.500

Deducciones y bonificaciones	(150.000)
CUOTA LÍQUIDA	802.500

Figura 5

Igualmente, aunque de conformidad con lo previsto en el CDI, se prevé el empleo del método de deducción para la eliminación de la doble imposición, se procederá al cálculo por el método de exención.

Pues bien, en relación con el **método de exención**, el artículo 21.1 de la LIS establece una exención al impuesto de los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes, siempre que se cumplan una serie de condiciones.

Los requisitos que en concreto se deben de cumplir en sede de Ñ2 para que sea de aplicación el método de exención (ya mencionados en el apartado A.1 anterior) son los siguientes: **(i)** un porcentaje mínimo de participación del 5% en los fondos propios de CHI; **(ii)** que haya mantenido la posesión de la participación en CHI de forma ininterrumpida durante el año anterior o posterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya; y **(iii)** que CHI haya estado sujeta y no exenta por un impuesto chileno de naturaleza idéntica o análoga al IS con un tipo nominal mínimo del 10% en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios en los que se participa Ñ2, requisito que se entenderá cumplido en caso de que CHI sea residente en un país con el que España tenga suscrito un CDI, que contenga cláusula de intercambio de información.

En este caso, se entienden cumplidos la totalidad de los requisitos, en la medida en que Ñ2 ostenta un porcentaje de participación del 100% sobre CHI y que en virtud del CDI firmado (que contiene una cláusula de intercambio de información en su artículo 25) se presume el cumplimiento del requisito relativo a la tributación mínima, si bien Ñ2 quedará obligado al mantenimiento de su participación en CHI hasta transcurrido un año de tenencia (noviembre de 2020).

En todo caso, como ya hemos avanzado anteriormente, de conformidad con el artículo 21.10 de la LIS¹², la aplicación de dicha exención se reducirá en un 5% al importe de los dividendos a los que resulte de aplicación, cuando el INCN de Ñ2 en el ejercicio de 2019 sea superior a 40 millones de euros, como es el caso.

De esta forma, en caso de aplicación del método de exención, la renta percibida en España que asciende a 3 millones de euros, exenta al 95%, por lo que la tributación de la operación será de 37.500 euros. El esquema de tributación sería el siguiente:

RESULTADO CONTABLE	3.000.000
Ajuste extracontable art.21 LIS (-)	(2.850.000)
BASE IMPONIBLE	150.000
CUOTA ÍNTEGRA/LÍQUIDA	37.500

Figura 6

¹² Introducido por el artículo 65.2 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

En virtud de lo expuesto, y como ocurre en el caso anterior, la aplicación del método de exención en sede de $\tilde{N}2$ sobre la renta derivada del reparto del dividendo de CHI, genera una tributación más beneficiosa de la operación.

Por último, con independencia del mecanismo para evitar la doble imposición, deben analizarse otros elementos de la normativa española que influyen a la hora de determinar una mejor tributación de la operación, en concreto, la liquidación de los **pagos fraccionados** (en este caso, en la modalidad de base).

En este sentido, el artículo 40 de la LIS impone la obligación al contribuyente de efectuar un pago fraccionado en los primeros 20 días naturales de los meses de abril, octubre y diciembre, a cuenta de la liquidación correspondiente al período impositivo que esté en curso el día 1 de cada uno de los meses indicados. En concreto, en relación con los pagos fraccionados en la modalidad de base, dispone el artículo 40.3 de la LIS, que se realizarán sobre la parte de la base imponible del período de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural.

Cabe mencionar que la modalidad de base es opcional con carácter general, si bien estarán obligados a aplicar esta modalidad los contribuyentes cuyo INCN sea superior a 6 millones de euros durante los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el período impositivo al que corresponda el pago fraccionado.

En nuestro caso, partiendo de un INCN de $\tilde{N}2$ en el período impositivo anterior, superior a 10 millones de euros, será de aplicación la Disposición Adicional Decimocuarta de la LIS, que dispone una serie de especialidades en relación con el pago fraccionado en la modalidad de base, en concreto: **(i)** que la cantidad a ingresar no podrá ser inferior al 23% del resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural y **(ii)** que la cuantía del pago fraccionado será el resultado de aplicar a la base el porcentaje que resulte de multiplicar por diecinueve veinteavos el tipo de gravamen redondeado por exceso. Así, si tributa al tipo general, el tipo del pago fraccionado sería de 24% ($19/20 \times 25\%$).

De la cuota resultante se deducirán las bonificaciones que le fuesen de aplicación, las retenciones e ingresos a cuenta y los pagos fraccionados efectuados correspondientes al período impositivo.

Pues bien, en virtud de lo expuesto, el pago fraccionado se configura como un “anticipo” del IS a pagar a la Administración Tributaria; un adelanto del impuesto que en un futuro habrá que ingresar por el resultado de la sociedad en el período impositivo. Es por ello por lo que el mencionado anticipo, se calcula (en la modalidad de base), sobre la base imponible de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural, esto es, sobre la base imponible acumulada hasta marzo, septiembre o noviembre.

Por ello, los efectos tributarios de las operaciones realizadas por una sociedad durante los meses de enero hasta noviembre van a tener siempre su reflejo en la BI sobre la que se calcula el pago fraccionado, con independencia de que su liquidación se efectúe en el mes de abril, octubre y diciembre.

Sin embargo, aquellas operaciones realizadas en diciembre, que se reflejen en la BI de la sociedad en el mencionado mes, y que sean objeto de tributación, no van a ser objeto de liquidación anticipada en virtud del pago fraccionado.

Partiendo de lo expuesto, y en la medida en que, como se ha dicho, el pago fraccionado implica el adelanto en el pago del IS, si el pago fraccionado se liquida en el mes de noviembre, el mismo se calculará partiendo de la BI acumulada hasta el mencionado mes. De esta forma, si el dividendo se reparte en diciembre, las rentas percibidas por esta operación, consecuentemente, no se verán reflejadas en la BI sobre la que se calcula el importe del pago fraccionado correspondiente, lo que permite no tener que ingresar en Hacienda (por adelantado) el impuesto derivado de la operación.

De esta forma, se recomendará el reparto del dividendo en el mes de diciembre, puesto que la realización de la operación en cualquiera de los meses anteriores determina la inclusión de las rentas generadas por la operación en el cómputo del pago fraccionado.

APARTADO B. “El caso de la filial de UK”

En el presente apartado se analizan las implicaciones tributarias que se derivan, a efectos de tributación indirecta, de la adquisición por parte de la filial UK de una serie de activos situados en territorio español (esto es, líneas de transmisión eléctrica, plantas solares, etc.) pertenecientes a una sociedad española ajena al grupo, así como la posibilidad de constituir una o más sociedades en España para realizar la inversión.

De conformidad con lo expuesto, y para una mayor claridad expositiva, se procederá separadamente al análisis de las cuestiones, diferenciando así entre: **(B.1)** el estudio de los impuestos indirectos por los que se puede ver gravada la operación y **(B.2)** la viabilidad del vehículo de inversión en España, haciendo, con carácter previo, una breve referencia al marco espacial y normativo en el que se prevé el desarrollo de las operaciones.

Pues bien, teniendo en cuenta que la filial de UK, participada al 100% por Ñ1, es residente fiscal en el Reino Unido y que la operación que pretende llevar a cabo se desarrollará en territorio español, cabe afirmar que, a efectos de imposición indirecta y de inversión, será de aplicación la normativa fiscal española, así como el CDI formado con el Reino Unido, si bien es necesario traer a colación la situación que del Brexit se deriva a efectos de la aplicación de la normativa tributaria.

Como bien es sabido, el Reino Unido abandonó oficialmente la Unión Europea el 31 de enero de 2020, si bien de conformidad con el periodo transitorio acordado, la materialización del *British Exit* no se producirá hasta el 31 de diciembre de 2020. Durante la vigencia de este periodo transitorio no se produce alteración alguna en las relaciones para los ciudadanos, consumidores, empresas, así como tampoco en el ámbito aduanero, ni en la fiscalidad, por ser todavía de aplicación el Derecho comunitario en el Reino Unido.

De esta forma, será a partir del 1 de enero de 2021, cuando se sufran las consecuencias de los cambios normativos en el Reino Unido, que afectarán con carácter general a sus relaciones con los Estados miembros y que, con carácter particular, serán determinantes a la hora de desarrollar las operaciones en España por la filial UK.

En este sentido cabe recordar que, en el ámbito de la UE, los Estados miembros tienen competencia exclusiva en materia tributaria, si bien es cierto que por la necesidad de dar cumplimiento al objetivo principal que justifica la creación de la originaria Comunidad Europea (esto es, el mercado interior único), la UE ha asumido cierta potestad regulatoria en aspectos tales como la armonización en el funcionamiento de ciertos tributos, como es el caso del IVA o el IS.

A título de ejemplo, y los efectos que aquí interesan, en el ámbito del Impuesto sobre el valor Añadido, de la normativa Europa se deriva la distinción en la aplicación del impuesto entre las operaciones de importación/exportación con terceros Estados y las adquisiciones de bienes entre los Estados miembros de la UE (comúnmente denominadas adquisiciones intracomunitarias de bienes, en adelante “**AIB**”).

Asimismo, la regulación del *exit tax* o “impuesto de salida”, por el que se gravan las plusvalías que afloran por un cambio de residencia, también se ha visto afectada por la influencia comunitaria que, si bien no ha podido prohibir la aplicación de este impuesto en las migraciones efectuadas entre Estados miembros (en la medida en que supone una restricción a la libertad de establecimiento), sí que ha mitigado sus efectos a través del establecimiento de un régimen de diferimiento fiscal¹³.

Pues bien, expuesto sucintamente el problema que se deriva del Brexit, se procederá a continuación a analizar la operación de inversión que la filial UK quiere realizar en España, teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas.

Por último, y a modo de aclaración, la resolución de las cuestiones planteadas en este apartado se realizará partiendo de la base de que los bienes objeto de transmisión tienen la consideración de activos de la sociedad española, integrantes de su patrimonio empresarial; tienen carácter concesional (en la medida en que para su construcción, instalación o explotación se obtuvo la previa concesión administrativa); que son adquiridos por la filial UK para desarrollar su actividad en España y que ambas sociedades tienen la condición de empresario¹⁴.

¹³ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la LIS, el pago de la deuda tributaria que se deriva de las plusvalías de los elementos patrimoniales de una entidad residente en territorio español, que afloran en virtud de su traslado de residencia a un Estado miembro de la UE o del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, podrá ser aplazado por la Administración tributaria a solicitud de contribuyente hasta la fecha de transmisión a terceros de los elementos patrimoniales afectados.

¹⁴ Se presume que las sociedades tienen la calificación de empresario a efectos de IVA en la medida en que desarrollan una actividad empresarial, ordenando por cuenta propia factores de producción materiales y/o humanos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la LIVA. Igualmente, del mencionado artículo establece la presunción *iuris tantum* por la cual las sociedades mercantiles tienen consideración de empresario.

Apartado B.1. Adquisición de los activos. Implicaciones en materia de tributación indirecta

La primera cuestión planteada se centra en determinar las implicaciones tributarias que, a efectos de imposición indirecta (esto es, Impuesto sobre el valor Añadido e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídico Documentados, en adelante, “IVA” e “ITP-AJD”, respectivamente), se derivan de la operación de adquisición por la filial UK de los activos de la sociedad española situados en España, planteando para ello, diferentes escenarios en relación con la naturaleza y consideración de los bienes.

Con el fin de determinar la aplicación a la operación de los impuestos mencionados anteriormente y facilitar el análisis del supuesto, se procederá a estudiar la operación desde el punto de vista de la aplicación del IVA, en la medida en que, con carácter general, la sujeción al binomio IVA/ITP resulta incompatible¹⁵.

En este sentido, se diferenciará entre la adquisición de bienes inmuebles (con consideración de edificación a efectos de IVA¹⁶) y bienes muebles, en ambos casos, con un componente concesional y susceptibles de conformar una unidad económica autónoma.

a) Sujeción de la operación al IVA

Pues bien, a los efectos que aquí interesan, están sujetas al IVA las entregas de bienes realizadas en el territorio español¹⁷, efectuadas por empresarios o profesionales a título oneroso, ya sea con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LIVA, se entienden incluidas en el desarrollo de dicha actividad las operaciones consistentes en:

“b) Las transmisiones o cesiones de uso a terceros de la totalidad o parte de cualesquiera de los bienes o derechos que integren el patrimonio empresarial o profesional de los sujetos pasivos, (...)” (el subrayado es nuestro).

En virtud de lo expuesto, cabría afirmar que la adquisición de los activos por la filial UK (ya sean bienes muebles o inmuebles, con independencia de su carácter

¹⁵ La incompatibilidad en la aplicación del IVA con el ITP deriva del hecho de que ambos impuestos gravan transmisiones onerosas de bienes y derechos. Por ello, como regla general, aquellas operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional se verán gravadas por el IVA, mientras que las transmisiones realizadas por un particular, por el TPO del ITP. Sin embargo, la mencionada incompatibilidad no afecta a aquellas operaciones sujetas al IVA y a los conceptos de OS y AJD, de la LITP-AJD.

¹⁶ De conformidad con la información facilitada, los activos inmobiliarios tienen la consideración de edificación a efectos del IVA. En este sentido, en virtud del artículo 6 de la LIVA, se considerarán edificaciones las construcciones unidas permanentemente al suelo o a otros inmuebles, efectuadas tanto sobre la superficie como en el subsuelo, que sean susceptibles de utilización autónoma e independiente.

¹⁷ El ámbito espacial de aplicación del impuesto es el territorio español, determinado según las previsiones del artículo 3.2 de la LIVA, incluyendo en él las islas adyacentes, el mar territorial hasta el límite de 12 millas náuticas, definido en el artículo 3.º de la Ley 10/1977, de 4 de enero, y el espacio aéreo correspondiente a dicho ámbito.

concesional), estaría sujeta al IVA por cumplirse los requisitos anteriormente referidos en sede de la sociedad transmitente.

En relación con el carácter concesional de los bienes, no es de aplicación el apartado 9º del artículo 7 de la LIVA, por el que se determina la no sujeción al impuesto de las “concesiones y autorizaciones administrativas”, en la medida en que, el presente caso, trata de la transmisión a la filial UK de la titularidad de una serie de activos, no de la transmisión de la titularidad de una concesión¹⁸.

Pues bien, la sujeción de la operación al IVA implica, como ya se ha avanzado, la no sujeción de la misma a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (en adelante, “TPO”) del ITP, de conformidad con el artículo 4.4 de la LIVA y en la medida en que el artículo 7.5 de la LITP-AJD excluye la aplicación de este impuesto a las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes que integren el patrimonio de las personas jurídicas, cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, y en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes sujetas al IVA. Esta norma general, igualmente, tiene excepciones aplicables a este caso.

Una vez determinada la sujeción general de la operación al impuesto, cabe hacer referencia a la distinción de su aplicación en función de la naturaleza de los activos, esto es, que sea bienes inmuebles o muebles, distinguiendo en este último caso, entre el supuesto de que sean transportados al Reino Unido, o permanezcan en España.

Pues bien, en relación con la adquisición de los **bienes inmuebles**, teniendo en cuenta que éstos han sido ocupados con anterioridad por la sociedad española transmitente para el desarrollo de su actividad, su transmisión será considerada como una segunda entrega a efectos del IVA, en la medida en que, de conformidad con el apartado 22 del artículo 20.1 de la LIVA, se califica como primera entrega la realizada por un promotor, cuando la edificación objeto de transmisión esté terminada o rehabilitada.

De esta forma, de conformidad con el mencionado artículo, la transmisión del inmueble estará exenta a efectos del IVA, lo que determina su sujeción al TPO del ITP, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2 de la LIVA y en el artículo 7.5 de la LITP-AJD, que prevé expresamente la sujeción al TPO de las entregas de bienes inmuebles cuando gocen de la exención en el IVA.

La sujeción de la operación a la modalidad de TPO del ITP determina la calificación de la filial UK como sujeto pasivo de este impuesto, por ser ésta el adquirente del bien que

¹⁸ Así fue resuelto un caso similar por la Dirección General de Tributos, en la resolución a la Consulta 0538-97 y en la reciente Consulta Vinculante V1612-19, en la que concluye:

“La aplicación de los criterios recogidos en las contestaciones vinculantes mencionadas al supuesto objeto de consulta determina que el primer concesionario ha gozado de las facultades inherentes a todo propietario en relación con las obras objeto de la concesión administrativa, por lo que su posterior transmisión implicará una disposición de su derecho de propiedad sobre tales inmuebles que tiene en explotación atribuyendo al nuevo propietario todas las facultades de que disponía hasta este momento y realizando en consecuencia una entrega de bienes a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido” (el subrayado es nuestro).

se transmite, de conformidad con el artículo 8 de la LITP-AJD, quedando obligada al pago del mismo a título de contribuyente.

Sin embargo, cabe destacar que la aplicación de esta exención no es “obligatoria” para el transmitente de conformidad con los artículos 4.2 y 20.2 de la LIVA, por lo que la sociedad española podrá renunciar a la exención siempre que se cumplan una serie de requisitos¹⁹.

En caso de que, cumplidos los requisitos, la sociedad española renuncie a la exención, la operación de transmisión de los bienes inmuebles estará sujeta y no exenta al IVA, al tipo general del 21%, pasando a ser sujeto pasivo del impuesto la filial UK, de conformidad con lo establecido en el apartado 2º del artículo 84.1 de la LIVA, por el cual se dispone la inversión del sujeto pasivo en estos supuestos²⁰.

Resulta conveniente, a los efectos que aquí interesan, que la sociedad española transmitente no se acoja a la mencionada exención del IVA, en la medida en que, si la operación de transmisión está sujeta a este impuesto, el importe del mismo será deducible en sede de la filial UK.

En segundo lugar, en caso de que los activos transmitidos sean **bienes muebles**, y que éstos vayan a ser efectivamente transportados al Reino Unido, actualmente la operación está exenta del IVA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 LIVA, en virtud del cual están exentas las entregas de bienes expedidos o transportados al territorio de otro Estado miembro, siempre que se cumplan una serie de condiciones, en concreto y en nuestro caso: **(i)** que la filial UK sea un empresario o profesional que disponga de un número de identificación a efectos del IVA; **(ii)** que haya comunicado dicho número de identificación fiscal al vendedor y **(iii)** que la expedición o transporte de los bienes al Reino Unido quede justificada por cualquier medio de prueba admitido en derecho²¹, de conformidad con el artículo 13 del RIVA.

Se trataría en este caso, de una AIB desde el punto de vista de la filial UK, lo que determina la inversión del sujeto pasivo, esto es, que la operación será gravada en el Reino Unido en sede del adquirente, que deberá autorepercutirse el IVA de la operación (si bien la factura emitida por la sociedad española transmitente no incluirá el IVA), deduciéndose posteriormente.

De esta forma, en caso de que el Reino Unido abandone la UE, la operación dejará de ser considerada como una AIB, pasando a encuadrarse en el concepto de exportación

¹⁹ En virtud del artículo 20.2 de la LIVA: que el adquirente sea sujeto pasivo del impuesto, que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y se le atribuya el derecho a efectuar la deducción total o parcial del IVA soportado al realizar la adquisición, o cuando no cumpliéndose lo anterior, en función de su destino previsible, los bienes adquiridos vayan a ser utilizados en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducción.

²⁰ Del mismo modo fue resuelto en la Consulta Vinculante V1060-19, por la Dirección General de Tributos.

²¹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del RIVA, en particular, mediante los elementos de prueba establecidos en cada caso, por el artículo 45 bis del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

(importación para la filial UK), que de conformidad con el artículo 21 de la LIVA estará exenta en sede del transmitente, debiendo en este caso la filial UK ingresar el impuesto derivado de la operación en el Reino Unido, con las formalidades aduaneras correspondientes.

Por otra parte, en caso de que no haya un desplazamiento de los bienes muebles y que la operación, por lo tanto, se realice íntegramente en España, no será de aplicación ninguna de las exenciones previstas anteriormente, estando la operación sujeta y no exenta del IVA. En este sentido, dispone el artículo 68 de la LIVA que las entregas de bienes que no sean objeto de expedición o transporte se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del Impuesto cuando los bienes se pongan a disposición del adquirente en dicho territorio.

En este caso, entendiéndose que el consumo de los bienes muebles se produce en España, la operación estará gravada por el IVA, que el transmitente repercutirá a la filial UK, con independencia de que ésta sea residente o no en un Estado miembro de la UE.

b) No sujeción de la operación al IVA

El artículo 7 de la LIVA excluye la aplicación del impuesto en aquellas cesiones de bienes que supongan la transmisión de un conjunto de elementos (corporales e incorpóralos) que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del transmitente, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en sede del mismo, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios.

A estos efectos, si bien la LIVA no define el alcance del concepto de “unidad económica autónoma”, éste sí que ha sido objeto de interpretación por la Administración, de cuya doctrina se desprende que este concepto indeterminado hace referencia a aquella transmisión global o parcial de un patrimonio empresarial, que permite, por sí misma y por sus propios medios, el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, es decir, que el conjunto de elementos transmitidos son suficientes para permitir desarrollar una actividad económica autónoma en sede del transmitente.

Asimismo, ha sido la propia Administración²² la que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha establecido los requisitos para que sea de aplicación la no sujeción al impuesto dispuesta en el artículo 7 de la LIVA, que son en concreto: (i) que los elementos transmitidos constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios en sede del transmitente; y (ii) que dicha unidad económica se afecte al desarrollo de una actividad empresarial o profesional.

²² Véanse, a título de ejemplo, las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos V1612-19, V2741-19, V0666-20 o V2167-20.

De esta forma, de conformidad con los mencionados requisitos, la determinación de la existencia de una unidad económica deberá hacerse en sede del transmitente, con independencia de que pudiera existir una unidad económica autónoma tras la transmisión en sede del adquirente, si bien debe quedar acreditado por el adquirente la intención de mantener la afectación de los bienes al desarrollo de una actividad empresarial o profesional²³. En caso de que los bienes y derechos transmitidos, o parte de ellos, se desafecten posteriormente de las actividades empresariales o profesionales que determinan la no sujeción al impuesto, la referida desafectación quedará sujeta al Impuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la LIVA.

En este sentido, como bien ha afirmado la Administración²⁴, la lógica de la no sujeción establecida en el artículo 7.1 de la LIVA, deriva de la intención de garantizar la continuidad en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional sin necesidad de asumir el coste financiero implícito en la mecánica de ingreso y deducción propia del IVA, por lo que la inexistencia de una posterior actividad determinará la sujeción de la operación al impuesto.

En virtud de lo expuesto, en caso de los bienes (muebles o inmuebles) adquiridos por la filial UK, sean susceptibles de conformar una unidad económica autónoma en sede del transmitente, y ésta los afecte posteriormente al desarrollo de una actividad empresarial, la operación no estará sujeta al IVA, lo que determinaría la aplicación, en este caso, de la modalidad de TPO del ITP, de conformidad con el artículo 7.5 de la LITP- AJD.

En este sentido, el mencionado artículo sujeta a tributación por el concepto de TPO a las entregas de inmuebles que estén incluidos en la “transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial”, cuando la operación no quede sujeta al IVA. En este sentido, si bien la transmisión de una “unidad económica autónoma” no puede equipararse, en principio, a la “transmisión de un patrimonio empresarial”, de conformidad con la interpretación dada por el TEAC²⁵ este precepto no puede ser interpretado de forma literal, sino que debe ser entendido de acuerdo con el espíritu de la norma, que busca la coordinación necesaria entre el IVA y la modalidad TPO del ITP y AJD.

Por ello, del artículo 7.5 de la LITP-AJD se desprende la sujeción de la transmisión de los bienes muebles e inmuebles que conforman una unidad económica autónoma a la modalidad de TPO del ITP-AJD.

Apartado B.2. Vehículo de inversión en España

Partiendo de supuesto de que la filial UK plantea constituir en España una o varias sociedades para llevar a cabo la inversión en los activos (tanto en su consideración de

²³ Así fue resuelto en la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V2167-20.

²⁴ Véase, a título de ejemplo, las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos V2611-18, V2616-18 o V2183-19.

²⁵ TEAC, de 28- 03-2019, RG 9438/2015.

bienes muebles, como inmuebles) con el fin de intervenir en el mercado español de las telecomunicaciones, en el presente apartado se desarrollará un estudio de la estructura de inversión más recomendable desde un punto de vista fiscal, analizando para ello las consecuencias derivadas de la inversión inicial, la tributación por la obtención de un beneficio en España y las consecuencias de la desinversión en los activos en un plazo no superior a diez años, entre otras cuestiones.

Con el fin de determinar el vehículo más conveniente para realizar la inversión, se analizará separadamente el supuesto de constitución de **(i)** una filial, **(ii)** una sucursal y **(iii)** un establecimiento permanente, siendo estos tres los instrumentos más comunes.

(i) Constitución de una filial

En primer lugar, realización de la inversión en España por medio de la creación de una filial titular de los activos adquiridos, implicaría la creación de una nueva sociedad, con personalidad jurídica propia, íntegramente independiente y sujeta a la normativa española y en concreto, a los efectos que aquí interesan, al IS español. En todo caso, en la medida en que la filial estaría íntegramente participada por la filial UK, que es su matriz, sus relaciones se regirán por lo dispuesto en el CDI firmado entre el Reino de España y Reino Unido²⁶.

En primer lugar, de conformidad con la normativa española, la creación de una filial implica el desembolso de determinados gastos asociados a su constitución, si bien en virtud del artículo 45.I.B.11 de la LITP-AJD, la operación está exenta.

Por otra parte, en la medida en que se trata de una sociedad constituida en España, deberá ajustarse a lo establecido en la normativa aplicable, en concreto, a las disposiciones del Código de Comercio, que establece una serie de obligaciones para la sociedad (estatutos, cuenta bancaria, etc.), y obligaciones registrales (denominación, inscripción, etc.).

Una vez que se ha constituido la filial en España, cabe hacer mención del tratamiento de la inversión inicial. Nos referimos en este caso a los efectos del posible préstamo que la matriz ha podido conceder a la filial para realizar la inversión en los activos españoles, y en concreto, al tratamiento de los intereses generados por el mismo.

El tratamiento de la recepción el importe de los intereses por parte de la matriz UK se regirá por lo dispuesto en el artículo 11 del CDI, conforme al cual los intereses procedentes de España, cuando su beneficiario efectivo sea un residente del Reino Unido, sólo pueden someterse a imposición en España.

Pues bien, en sede de la filial española, cabe traer a colación lo dispuesto en el artículo 15.j) de la LIS, que dispone que no son deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, generen un ingreso exento.

²⁶ Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su Protocolo, hecho en Londres el 14 de marzo de 2013.

De esta forma, el interés no será deducible en la filial española en la medida en que el ingreso derivado del mismo en la filial UK esté exento. En caso de que no estuviese exento, los intereses del préstamo tendrán consideración de gasto deducible, si bien de conformidad con el artículo 16 de la LIS, la deducibilidad tiene una limitación del 30% del beneficio operativo.

En relación con los beneficios que la filial española obtendría por el desarrollo de su actividad, tributarían en España, por lo que la renta obtenida por la explotación de los activos adquiridos en España tributaría al 25% (al 15% los dos primeros años de actividad, por ser una sociedad de nueva creación de conformidad con el artículo 29 de la LIS). En este sentido, el artículo 7 del CDI dispone que los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en este Estado.

En caso de que los beneficios obtenidos en España fuesen transmitidos a la filial UK, por medio de un reparto de dividendo, de conformidad con el artículo 10 del CDI, los dividendos pagados por una sociedad española a un residente del en el Reino Unido, pueden someterse a imposición en el Reino Unido, pero también en España de acuerdo con la legislación española, pero el impuesto así exigido no puede exceder del 10% del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo de estos dividendos es residente en Reino Unido.

La doble imposición que se generaría por la operación puede ser corregida por medio del mecanismo previsto en el artículo 22 del CDI, que dispone en su apartado 2 que de conformidad con las disposiciones contenidas en la legislación del Reino Unido, los dividendos pagados por una sociedad residente de España a una sociedad residente del Reino Unido estarán exentos del impuesto británico siempre que la exención resulte aplicable y se cumplan las condiciones previstas en la normativa del Reino Unido.

Por último, en relación con la desinversión, cabe destacar que en caso de que la filial española en el plazo de 10 años venda los activos afectos a su actividad, la plusvalía generada tributaría al 25% por el IS. Si los activos consintientes en bienes muebles fuesen traspasados a la filial UK (y siempre que siga vigente el periodo transitorio del Brexit), la filial española podía beneficiarse del régimen de diferimiento de las plusvalías previsto en el artículo 19 de la LIS.

En el caso de los inmuebles, de conformidad con el artículo 13 del CDI, relativo a las ganancias de capital, dispone que las ganancias que un residente de un Estado contratante obtenga de la enajenación de bienes inmuebles situados en el otro Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

(ii) **Constitución de una sucursal**

En la normativa española no se establece una definición concreta de sucursal, si bien el artículo 295 del RRM, dispone que se entenderá por sucursal todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad.

A diferencia de la filial, la sucursal tiene la consideración de un establecimiento que carece de personalidad jurídica propia independiente de la matriz, lo que determina que no es considerado como residente en territorio español. Esta falta de personalidad jurídica propia determina además, que la sucursal es íntegramente dependiente de su matriz, que es la que tomará las decisiones.

Igualmente, las sucursales no son sujetos pasivos del IS en la medida en que no tienen personalidad jurídica propia independiente y no son residentes, por lo que sus rentas tributarán por el Impuesto de la Renta de no Residentes (en adelante “**IRNR**”).

En este sentido, el artículo 5 de la LIRNR dispone que son contribuyentes por este impuesto las entidades no residentes en territorio español que obtengan rentas en él. Asimismo, el artículo 13 de la LIRNR, relativo a las rentas obtenidas en territorio español, dispone que se considerarán obtenidas en territorio español las rentas de actividades o explotaciones económicas realizadas mediante establecimiento permanente situado en territorio español, entendiéndose que constituyen establecimiento permanente las sucursales.

A efectos del CDI, conforme a lo establecido en su artículo 5.2, la expresión “establecimiento permanente” (en adelante, “**EP**”) comprende las sucursales, de forma que a efectos del IRNR y CDI, el tratamiento de las rentas y relaciones de la sucursal será el mismo que en el caso del EP, por lo que procederemos a continuación a determinar el tratamiento de la inversión por medio del EP, para facilitar el estudio de la operación.

(iii) **Constitución de un establecimiento permanente**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 del Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición de la OCDE, se entiende como EP aquel lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.

En primer lugar, los EP no tienen personalidad jurídica propia, de forma que no actúan en España en condición de sociedad independiente a la matriz que los controla, sino que a efectos prácticos, se considera que es la propia matriz la que actúa en España, en su condición de sociedad, a través de un lugar fijo de negocios.

Esto implica que la creación de un EP en España no está sujeta a las formalidades mercantiles a las que sí que está sujeta la constitución de una filial, así como tampoco a los impuestos por los que se ve gravada la operación de constitución de las sociedades en España.

Del mismo modo que ocurre con las sucursales, los EP no son considerados sujetos pasivos del IS, siéndoles de aplicación la LIRNR, cuyo artículo 5 dispone su sujeción a este impuesto por la obtención de rentas en territorio español. En todo caso, a pesar de no ser el EP sujeto pasivo del IS, de conformidad con el artículo 18 de la LIRNR, su base imponible se determinará con arreglo a las disposiciones del régimen general del IS.

En cuanto a los beneficios obtenidos por el EP en España, como en el caso de la sucursal, el artículo 7 del CDI dispone que los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en este Estado, salvo que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cuyo caso los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse al establecimiento permanente.

En cuanto a los intereses, de conformidad con el artículo 11 del CDI, con carácter general los intereses procedentes de un Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante. Sin embargo, si el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que proceden los intereses, una actividad económica por medio de un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, y el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente, en ese caso, se aplicará para los mismos la normativa del CDI reguladora de los beneficios empresariales, esto es, el artículo 7 antes mencionado

Es decir, en la medida en que el beneficiario efectivo de los intereses es la filial UK, que realiza en España actividades por medio de un EP del que proceden los intereses, los mismos tendrán el tratamiento de beneficios empresariales de conformidad con el artículo 7 del CDI.

Dispone el artículo 7.3 del CDI, en relación con los beneficios de los EP, que para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado contratante en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.

En el mismo sentido, el artículo 18 de la LRNR dispone que no serán deducibles los pagos que el EP efectúe a la casa central en concepto de cánones, intereses, comisiones, abonados en contraprestación de servicios de asistencia técnica o por el uso o la cesión de bienes o derechos. Sin embargo, sí que será deducible la parte razonable de los gastos de dirección y generales de administración de la matriz que se que corresponda al establecimiento permanente.

En cuanto a la desinversión, las plusvalías generadas por la venta de los activos del establecimiento permanente, de conformidad con el artículo 13.2 del CDI, podrían estar sujetas a tributación en España y en Reino Unido.

Pues bien, en virtud de lo expuesto, en la medida en que la filial UK pretende adquirir los activos antes mencionados para desarrollar su actividad en España durante 10 años aproximadamente, consideramos que el vehículo de inversión más conveniente es el establecimiento de un solo EP.

En este sentido, la creación de una filial es cierto que permitiría una mayor diversificación del riesgo y una mayor independencia a la hora del desarrollo de la actividad en España, y además, con respecto a la adquisición de los activos, el IVA generado en la operación (de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior) sería deducible, puesto que sería sujeto pasivo del impuesto. Sin embargo, los beneficios obtenidos por la filial tributarían en España a un tipo del 25%.

Por su parte, la constitución de un EP no permite diversificar el riesgo y su dirección depende de la filial UK, pero permite una tributación menor de las rentas obtenidas en España (al 19% de reino Unido). Asimismo, al ser íntegramente dependiente de la filial UK, la adquisición de los activos tributaría de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, es decir, como si los activos fuesen adquiridos por la filial UK.

APARTADO C. “Reorganización de los activos de Ñ3”

Como se ha anticipado, según la información aportada por el cliente, un fondo internacional ha manifestado su deseo de coinvertir, a través de una filial española, en la actividad puramente inmobiliaria de Ñ3, por lo que se ha planteado a la Familia la posibilidad de escindir los activos inmobiliarios y la actividad a ellos asociada y aportarlos a una sociedad española de nueva constitución.

De conformidad con la oferta planteada, la inversión se limitaría a la titularidad de los activos inmobiliarios (cuyo valor fiscal en sede de Ñ3 es actualmente de 29 millones de euros, mientras que su valor de mercado según recientes tasaciones sería de 50 millones de euros) y a la actividad que en dichos activos se desarrolla (mantenimiento, gestión y explotación de los activos), sin que exista interés en invertir en la actividad educativa que también desarrolla Ñ3.

De esta forma, de la operación de reestructuración resultaría una sociedad española de nueva creación en la que el 100% de su participación pertenecería a Ñ3, que posteriormente vendería un 40% a la filial española del fondo internacional que desea coinvertir.

En virtud de lo expuesto, y en la medida en que la Familia desea conocer la viabilidad, las diferentes opciones y las implicaciones tributarias derivadas de la ejecución de la operación, se analizará a continuación, separadamente: (C.1) qué operación de reestructuración es más recomendable desde el punto de vista fiscal y (C.2) cuál es la tributación derivada de la futura venta de participaciones a la filial del fondo internacional.

Con carácter previo y con la finalidad de centrar el estudio de la operación que se pretende llevar a cabo, conviene hacer referencia a la regulación contenida en el Capítulo VII del Título VII de la LIS, relativa al “*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”, por las ventajas que se derivan de su aplicación en la operación a efectos de tributación.

Este régimen especial (al que en adelante nos referiremos como “**RER**”), parte de la influencia comunitaria, concretamente de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2009/133/CE²⁷; normativa armonizada “de mínimos”, por medio de la cual se pretenden evitar los obstáculos fiscales que desincentivan la realización de las operaciones de reestructuración empresarial, en la medida en que éstas son operaciones generadoras de sinergias positivas en la economía y mercado de la UE.

En este sentido, en las operaciones de reestructuración empresarial se produce un desplazamiento patrimonial del que afloran plusvalías que son sometidas a tributación y que generan, en consecuencia, un elevado coste en las operaciones, que limitan ampliamente su ejecución.

Por ello, el RER busca paliar los efectos negativos que la fiscalidad ocasiona en el desarrollo de las operaciones de reestructuración, previendo para ello un mecanismo de diferimiento en el pago del impuesto que se genera por la transmisión de los elementos patrimoniales. De esta forma, a efectos prácticos, el coste tributario de la operación “se pospone”, en la medida en que la sociedad transmitente no afronta el gravamen que se genera por la operación hasta el momento en el que se transmiten nuevamente los activos a un tercero, o se amortizan.

En el caso de no aplicarse el RER²⁸, se incluiría en la base imponible de la sociedad transmitente el importe de las plusvalías de los activos transmitidos, que tributarían al 25%, lo que determina la tributación íntegra por la operación en el momento en el que se lleva a cabo.

Pues bien, una vez que se han expuesto de manera sucinta los beneficios que a efectos fiscales se derivan del RER, cabe afirmar por sí misma la conveniencia de la aplicación del mencionado régimen a la operación de reestructuración que se pretende llevar a cabo en Ñ3, si bien para ello será necesario que concurren los requisitos exigidos por la LIS.

Por ello, a continuación, se realizará el análisis de la operación partiendo de la aplicación preferente del RER, analizando para ello los requisitos que se deben cumplir para que sea aplicable, así como las consecuencias que se derivarían de la sujeción de la operación al régimen general (tanto para Ñ3, como para Ñ1), determinando posteriormente la tributación de la venta de las participaciones a la filial ajena al grupo.

²⁷ Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, 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 SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

²⁸ La inaplicación del RER puede derivar del incumplimiento de los requisitos necesarios para que la operación de reestructuración pueda estar sujeta al mismo, o por el ejercicio de la opción de renuncia previsto en el artículo 77.2 de la LIS, que dispone que la renuncia al régimen requerirá la integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión de la totalidad o parte de los elementos patrimoniales.

Apartado C.1. Sobre la operación de reestructuración. Aplicación del RER

En primer lugar, para determinar la aplicación del RER en el presente supuesto será necesario que la operación que se pretende llevar a cabo esté incluida dentro de las operaciones de reestructuración previstas y definidas en el artículo 76 de la LIS.

Pues bien, la operación que se prevé realizar en Ñ3 consiste en aportar, sin ser disuelta (puesto que mantiene la actividad educativa), a una entidad de nueva creación, la actividad puramente inmobiliaria que también desarrolla, recibiendo a cambio el 100% de la participación de la sociedad adquirente, por lo que la operación es susceptible de encuadrarse en uno de los supuestos contemplados en el mencionado artículo 76, cuyo apartado 3 dispone, en concreto:

“Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente”.

En este sentido, la actividad inmobiliaria que desarrolla Ñ3 (y que aporta a la sociedad de nueva creación) puede ser considerada como una rama de actividad, en la medida en que el artículo 76.4 de la LIS, la define como aquel conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, esto es, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.

A mayor abundamiento, la DGT²⁹ ha interpretado el alcance del concepto de rama de actividad recogido en el mencionado precepto, disponiendo que requiere la existencia de una organización empresarial diferenciada, que determine la concurrencia autónoma de una actividad económica que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma, lo cual exige que esa autonomía sea motivada por la diferente naturaleza de las actividades desarrolladas, que requiera de una organización separada como consecuencia de las especialidades existentes en su explotación económica.

Pues bien, teniendo en cuenta que, de conformidad con la información aportada por el cliente, los bienes inmuebles de los que es titular Ñ3 se encuentran afectos, en parte y de forma diferenciada, a la actividad inmobiliaria (en concreto, los laboratorios, instalaciones deportivas, etc.) y que su gestión y mantenimiento se realiza a través de medios humanos y materiales exclusivos, diferenciados del resto del personal de la entidad, concurren los requisitos para que la actividad inmobiliaria sea considerada como una rama de actividad, puesto que se trata de una actividad económica diferenciada, que cuenta con una organización empresarial y un conjunto patrimonial afecto a la misma.

²⁹ Resolución de la DGT a la consulta vinculante V2058-18.

De esta forma, si bien es cierto que los bienes inmuebles no están afectos únicamente a la actividad inmobiliaria, sino que también son empleados para el desarrollo de la actividad educativa, también lo es que la afectación a cada una de estas actividades se limita a determinadas partes diferenciadas de los inmuebles, cada una de ellas gestionada por sus propios medios, que permite distinguir perfectamente las dos actividades y el conjunto patrimonial que está afecto a las mismas.

En la medida en que la operación se encuentra entre una de las previstas en el RER³⁰, en segundo lugar, cabe analizar la concurrencia de los requisitos exigidos por la LIS para que sea de aplicación el mencionado régimen en la concreta operación.

En este sentido, el artículo 87 de la LIS, relativo a las aportaciones no dinerarias, dispone que la aplicación del RER requiere, en concreto: **(i)** que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español; y **(ii)** que, una vez realizada la aportación, el contribuyente participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5%.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se cumplen los requisitos mencionados en la medida en que la sociedad de nueva constitución a la que se aporta la rama de actividad inmobiliaria prevé crearse en España y, asimismo, el artículo 87.3 prevé adquirir, como consecuencia de la operación, el 100% de la participación en la misma.

Por último, el tercer requisito que exige la LIS para la aplicación del RER se encuentra regulado en el artículo 89.2, por el que se exige la concurrencia de un motivo económico válido para realizar la operación, esto es, que la operación no tenga como principal objetivo el fraude, la evasión u obtener una mera ventaja fiscal³¹.

En este sentido, el alcance del concepto de “motivo económico válido” ha sido objeto de interpretación por parte del TJUE en asuntos como *Leur-Bloem* (C-28/95)³² o

³⁰ Cabe mencionar que la normativa mercantil contiene la regulación básica de las operaciones de reestructuración empresarial, que es tenida en cuenta por la propia Administración tributaria de conformidad con el principio de calificación unitaria, por lo que exige el cumplimiento de las condiciones mercantiles en la operación para permitir aplicar el RER a las mismas. De esta forma, desde el punto de vista mercantil, la operación de aportación no dineraria de ramas de actividad es asimilable a una operación de segregación en el plano mercantil, que en virtud del artículo 72 de la LME, se regirá por la normativa reguladora de la operación de escisión.

³¹ El artículo 89.2 de la LIS ha sido objeto de interpretación por la DGT, que en la resolución a la consulta vinculante V2058-18, ha dispuesto que la exigencia del motivo económico válido en la operación deriva de la propia esencia del RER:

“(…) justifica que a las mismas les sea de aplicación dicho régimen en lugar del régimen general establecido para esas mismas operaciones en el artículo 17 de la LIS. El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral en esas operaciones”.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de fecha 17 julio de 1997. Caso A. *Leur-Bloem* contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. TJCE 1997/156.

Foggia, (C-126/10)³³, por los que se concluye que dicho concepto debe interpretarse en el sentido más amplio de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal y que si bien, una operación de reestructuración puede estar basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, éstas últimas no pueden ser preponderantes en el marco de la operación.

Asimismo, en España este concepto también ha sido objeto de interpretación por los Tribunales³⁴ y la Administración Tributaria, que han ido delimitado el elenco de motivos que permiten justificar la concurrencia de un motivo económico válido de la operación.

A los efectos que aquí interesan, y en la medida en que la inexistencia de un motivo económico válido en la operación determinaría la imposibilidad de aplicar el RER, a continuación, se exponen algunas de las circunstancias que permiten justificar su concurrencia³⁵:

- Simplificar y ordenar la estructura societaria de Ñ3, permitiendo así que ésta se dedique exclusivamente a la actividad educativa que inicialmente desarrollaba, separando para ello la actividad inmobiliaria en una nueva sociedad.
- Gestión separada e individualizada de las dos actividades, permitiendo así una especialización en la gestión de cada tipo de negocio, para conseguir una racionalización y eficiencia productiva.
- Diferenciar y clarificar los resultados obtenidos por las ramas de actividad, esto es, los ingresos obtenidos por la actividad educativa e inmobiliaria.
- Diversificar y aislar los riesgos empresariales inherentes a cada una de las actividades, como consecuencia de la especialidad de cada uno de los sectores en los que se desarrollan, desvinculando los riesgos derivados de una actividad a la otra.
- Facilitar el crecimiento de cada una de las ramas de actividad, permitiendo así la entrada de inversores en cada uno de los negocios de forma separada.

En relación con esta última circunstancia, cabe afirmar que el motivo real por el que se realiza la operación de reestructuración deriva del interés del fondo internacional de coinvertir en la actividad inmobiliaria de Ñ3. En este sentido, la operación de

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de fecha 10 de noviembre de 2011. Caso FOGGIA - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. TJCE 2011/349.

³⁴ En repetidas ocasiones por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, que en sentencias como la de 31 de enero de 2013 (SAN 242/2013) o de 22 de julio 2020 (SAN 2153/2020), ha manifestado la necesidad de realizar un análisis integral de la operación que se pretende realizar para determinar la concurrencia de un motivo económico válido que permita la aplicación del RER, que debe quedar acreditado por la actora.

³⁵ Se parte del criterio seguido por la DGT en relación con la justificación del motivo económico válido en las operaciones de reestructuración empresarial consistentes en la aportación no dineraria de una rama de actividad, en concreto, en las resoluciones a las consultas vinculantes V2899-20, V1600-20 o V2712-16.

reestructuración se realiza estrictamente para facilitar la inversión, en la medida en que, de no separarse las ramas de actividad desarrolladas en Ñ3 por medio de la operación de reestructuración, la única forma de permitir la entrada del fondo internacional en la actividad inmobiliaria sería a través de su participación en la titularidad de Ñ3, lo que implicaría, consecuentemente, su inversión en la actividad educativa.

De esta forma, en la medida en que la operación de reestructuración que pretende llevar a cabo Ñ3 se basa en un motivo económico válido puesto que se desarrolla para facilitar la inversión y no se realiza con la finalidad de conseguir una ventaja puramente fiscal, se considera que la operación cuenta con los requisitos necesarios para que sea de aplicación el RER.

La aplicación del RER determinaría, de conformidad con el artículo 77.1 de la LIS, que en la BI de Ñ3 no se integrarían las rentas (plusvalías) derivadas de la transmisión de los elementos patrimoniales a la nueva sociedad, en la medida en que, como se ha expuesto anteriormente y de conformidad con el artículo 78 de la LIS, los bienes y derechos adquiridos se valorarán, a efectos fiscales, en sede de la nueva sociedad, por los mismos valores fiscales que tenían en Ñ3 antes de realizarse la operación, así como con su fecha de adquisición.

Los riesgos existentes en la operación en caso de aplicación del RER, derivan principalmente, de que la aportación no dineraria de una rama de actividad implica el “traspaso” íntegro de la misma a la sociedad adquirente, esto es, no solo de los activos, sino también la posibilidad de traspasar los pasivos asociados a los elementos patrimoniales afectos a la actividad, por lo que la entidad de nueva creación en nuestro caso puede asumir las deudas contraídas para la organización o funcionamiento de los elementos afectos a la actividad inmobiliaria.

Asimismo, otro de los riesgos que puede correr Ñ3 en cuanto a la aplicación del RER a la operación, deriva de la posibilidad de que la Administración tributaria determine la inexistencia de un motivo económico válido. En este sentido, si bien la operación de reestructuración se desarrolla con el fin de separar las ramas de actividad de Ñ3, facilitando la entrada de inversores en su rama inmobiliaria, el hecho de que posteriormente transmita el 40% de su participación en la nueva sociedad a un tercero, puede ser visto a ojos de la Administración como una operación fraudulenta, en la medida en que se transmite parte de una línea de negocio de una forma más ventajosa que la que hubiese correspondido de haber sido transmitida la misma directamente, con carácter previo a la reestructuración³⁶.

En todo caso, cabe mencionar que en la medida en que Ñ3 continúa gestionando y participando en la actividad inmobiliaria a través de su participación del 60% en los fondos propios de la nueva sociedad creada, este supuesto no plantearía problema. Sin

³⁶ Si bien no se trata de un caso similar al que es objeto de estudio, en la resolución a la consulta vinculante V2572-16, la DGT determinó que la eventual venta por parte de los socios de su participación en una de las líneas de negocio, sin tener que vender la otra, no puede ser considerado como un motivo económico válido de la operación de reestructuración que se pretendía llevar a cabo.

embargo, y para evitar posibles riesgos, sería recomendable plantear la viabilidad de la operación consistente en la aportación de la rama de actividad a una sociedad de nueva creación, que se corresponda con una participación del 60% en sus fondos propios, siendo aportado el 40% restante por la filial del grupo internacional que desea coinvertir (escisión parcial). De esta forma, la nueva sociedad sería creada directamente por medio de las aportaciones de ambas sociedades, evitando así la operación de venta de participaciones de Ñ3 a la filial del grupo internacional.

Otro de los posibles riesgos de la operación, a efectos de aplicación del RER deriva, de la imposibilidad o dificultad de diferenciar las ramas de actividad. En este sentido y como ya hemos avanzado, los activos inmobiliarios de Ñ3 se encuentran afectos tanto a la actividad educativa, como a la inmobiliaria, si bien se ha presumido que se puede diferenciar claramente qué parte de los mismos está afecta a cada una de las actividades.

En caso de que la parte de los inmuebles dedicada a la actividad inmobiliaria (laboratorios, salas de deporte, etc.) también sea empleada para el desarrollo de la actividad educativa, se tendría: **(i)** que prorratear la parte afecta a cada una de las actividades, aportando a la nueva sociedad la parte correspondiente a la rama de actividad inmobiliaria; o **(ii)** desafectar esta parte de los inmuebles del uso educativo. En este segundo caso, una posible solución sería el arrendamiento a Ñ3 (en el desarrollo de su actividad educativa) de la parte de los inmuebles afectos a la actividad inmobiliaria (laboratorios, salas, etc.).

Por último, en relación con los riesgos o consecuencias derivadas de la no aplicación del RER³⁷, esta circunstancia implicaría la sujeción de la operación al régimen general, que determinaría la valoración de la transmisión por el valor de mercado de los elementos transmitidos de conformidad con el artículo 17 de la LIS y la necesidad de integrar en la BI de Ñ3 las plusvalías de los elementos patrimoniales transmitidos a la sociedad de nueva creación, que ascenderían en este caso a 21 millones de euros (teniendo en cuenta que su valor de mercado es de 50 millones de euros, mientras que su valor de adquisición fue de 29 millones de euros), lo que generaría una deuda tributaria de 5.250.000 euros por la operación.

Las consecuencias de la no aplicación del RER en Ñ1 derivan de los perjuicios ocasionados en Ñ3 por la inaplicación del mismo. Esto es, en la medida en que Ñ3 tributaria por las plusvalías que se integran en su BI, el beneficio obtenido en el ejercicio se vería reducido, lo que implicaría una menor percepción del mismo (como dividendo) por Ñ1.

En todo caso, cabe hacer referencia a lo establecido en el artículo 18 de la LIS, por el cual se establece la regulación de las operaciones vinculadas. De conformidad con el

³⁷ Aunque ya se ha mencionado anteriormente, conviene recordar que la inaplicación del RER puede venir determinada bien por no ser aplicable a la operación concreta que se pretende desarrollar, o bien por el ejercicio de la opción de renuncia del contribuyente, de conformidad con el artículo 78.2 de la LIS.

mismo, la sociedad de nueva creación se encontrará vinculada al grupo, por lo que las operaciones que realicen entre ellas deberán valorarse por su valor de mercado³⁸.

Apartado C.2. Tributación de la venta de las participaciones

Como se ha anticipado, Ñ3 prevé vender el 40% de la participación de la sociedad de nueva creación a la filial española del fondo internacional que desea coinvertir en la actividad inmobiliaria. La tributación, directa e indirecta, en transmitente y adquirente de la operación es la siguiente:

(i) Tributación de la operación en el transmitente

La venta de las participaciones por parte de Ñ3 de la sociedad de nueva creación íntegramente participada generará consecuentemente una ganancia patrimonial que indudablemente deberá integrarse en la BI del impuesto.

Sin embargo, de conformidad con el artículo 21 de la LIS, que regula la exención de las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes en territorio español, la renta derivada de la operación puede estar exenta siempre que se cumplan una serie de requisitos que dispone la norma.

Pues bien, el artículo 21.3 de la LIS dispone que estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, siempre que se cumplan dos requisitos, en este caso: **(i)** que el porcentaje de participación de Ñ3 el capital o en los fondos propios de la entidad de nueva creación sea como mínimo del 5% y que **(ii)** la participación objeto de transmisión se haya poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que se transmita.

Presumiendo el cumplimiento de ambos requisitos (aunque es necesario recordar que Ñ3 debe tener en posesión las participaciones durante un año), el artículo 21.4 de la LIS recoge una especialidad para la aplicación de la exención cuando la participación en la entidad hubiera sido valorada conforme a las reglas del RER y la aplicación del mismo hubiera determinado la no integración de rentas en la BI derivadas de la operación.

En este supuesto, la exención no se aplicará sobre la parte de la renta que corresponda a la renta diferida como consecuencia de la operación de aportación no dineraria, por cuanto la renta diferida se pone de manifiesto con ocasión de la transmisión de las participaciones que, por lo tanto, se integrará en la BI y tributará al 25%³⁹.

Es decir, en este caso, cabe recordar que la aportación no dineraria de la rama de actividad realizada por Ñ3 en favor de la sociedad de nueva creación, le fue de aplicación el RER, por lo que los elementos patrimoniales fueron transmitidos (y

³⁸ Así fue dispuesto por la DGT en la resolución a la consulta vinculante V0650-15.

³⁹ De conformidad con lo establecido por la DGT en las resoluciones a las consultas vinculantes V5281-16 y V0049-17.

figuran en la sociedad adquirente) por el coste histórico de los mismos en sede de Ñ3, esto es, 29 millones de euros.

Sin embargo, a pesar de que los elementos patrimoniales aparecen valorados con ese importe, resulta lógico afirmar que la contraprestación derivada de la venta del 40% de la participación en la sociedad será valorada de conformidad con el valor real de los elementos patrimoniales de la sociedad de nueva creación, que asciende a 50 millones de euros.

De esta forma, la exención alcanzará el importe de la renta recibida por la venta que se corresponda con la ganancia obtenida, no aplicándose la exención y, por tanto, incluyéndose en la BI de Ñ3 la renta que se corresponda con la renta diferida, que estará sujeta a tributación.

(i) Tributación de la operación en sede del adquirente

En cuando a la tributación de la operación en sede del adquirente, esto es, de la sociedad española perteneciente al grupo multinacional, cabe hacer mención de los impuestos indirectos por la que se ve gravada la operación.

En este sentido, la LITP-AJD dispone en su artículo 45.I.B.9 que estarán exentas las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la LMV.

Por su parte, el artículo 20.1.18.k) y l) de la LIVA dispone que estarán exentas las operaciones financieras consistentes en servicios y operaciones (exceptuados el depósito y gestión), así como las operaciones de transmisión relativas a participaciones en sociedades, salvo en el caso de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, realizadas en el mercado secundario, mediante cuya transmisión se hubiera pretendido eludir el pago del impuesto correspondiente a la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores, en los términos a que se refiere el artículo 108 de la LMV.

De esta forma, en la medida en que la normativa reguladora de ambos impuestos remite a lo establecido en el artículo 108 de la LMV, será éste el que determine la aplicación de la exención de IVA e ITP-AJD a la operación.

Pues bien, el artículo 108 de la LMV se corresponde con el actual artículo 314 de la ley, que dispone (en armonía con lo establecido para la exención en IVA e ITP-AJD), que con carácter general la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del IVA y del ITP-AJD, si bien quedan exceptuadas de esta regla aquellas transmisiones de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, realizadas en el mercado secundario, cuando mediante tales transmisiones de valores se hubiera pretendido eludir el pago de los tributos que habrían gravado la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores.

De esta forma, la norma prevé la no aplicación de la exención en caso de que la operación de transmisión de las participaciones se realice para eludir el pago del tributo que correspondería pagar en caso de que se realizase una transmisión de inmuebles.

Como mecanismo para evitar la elusión fiscal, el propio artículo 314 de la LMV establece la presunción *iuris tantum* por medio de la cual se entenderá que se actúa con ánimo defraudatorio en caso de que las participaciones transmitidas permitan a la sociedad adquirente obtener el control de una sociedad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales.

En nuestro caso, la filial española ajena al grupo prevé la adquisición del 40% de la participación en la sociedad de nueva creación, porcentaje de participación que no le permite obtener el control de la misma. Además, si bien el activo de la sociedad de nueva creación puede estar integrado en su mayoría por bienes inmuebles situados en España, éstos sí que se encuentran afectos a actividades económicas.

De esta forma, en la medida en que este caso no es subsumible en el supuesto descrito en el artículo 314 de la LMV, la operación de transmisión de las participaciones estará efectivamente exenta del IVA e ITP-AJD, de conformidad con los preceptos antes mencionados, por lo que en sede del adquirente, no se ve gravada.

APARTADO D. “Ñ4 y Ñ5”

Como se ha avanzado en la Introducción del presente informe, la Familia se ha planteado una serie de cuestiones relativas a la sociedad Ñ5, constructora inmobiliaria recientemente incorporada al grupo en el año 2020.

En concreto, las cuestiones versan sobre las posibles limitaciones a la compensación de las bases imponibles negativas con las que cuenta dicha sociedad, así como sobre el tratamiento que para los empleados de Ñ5, a efectos de IRPF, tiene el plan de opciones que la misma ha desarrollado.

Por ello, teniendo en cuenta que para el tratamiento de las cuestiones planteadas debe analizarse la normativa fiscal española relativa a la imposición directa, desde dos perspectivas diferentes (esto es, desde el punto de vista de su aplicación a las personas jurídicas y a las personas físicas), se abordará el análisis de cada una de las cuestiones por separado (D.1 y D.2 respectivamente).

Apartado. D.1. Sobre las Bases Imponibles Negativas

Pues bien, de conformidad con la información proporcionada, a principios del año 2020, Ñ1 adquirió la participación en Ñ4, socia única (entre otras sociedades que no aparecen

en el organigrama inicial), de la constructora inmobiliaria Ñ5. Como consecuencia de la crisis sufrida por el sector inmobiliario español, Ñ5 tuvo pérdidas relevantes en los ejercicios 2013-2018, contando por ello con bases imponibles negativas cuyo importe asciende a 17 millones de euros.

La actividad de Ñ5 se encuentra paralizada desde el año 2016, pero actualmente ha retomado su actividad y prevé obtener ingresos derivados de la venta de nuevas viviendas en los próximos ejercicios.

En relación con su actividad, Ñ5 se dedica tanto a la construcción de viviendas en urbanizaciones de lujo para su posterior venta, Ñ5 gestiona los servicios comunitarios de dichas urbanizaciones (gimnasio, cafetería, SPA, etc.), actividad que sí ha reportado ingresos, aunque poco significativos en estos últimos años.

En virtud de lo expuesto, Ñ5 se cuestiona (ante la previsión de ingresos en los próximos años), si existe alguna limitación general o específica para la compensación de sus bases imponibles negativas.

Pues bien, a fin de centrar la cuestión objeto de análisis, cabe destacar que las bases imponibles negativas (en adelante, “**BINS**”) se corresponden con las pérdidas generadas por una sociedad en ejercicios anteriores y que su importancia deriva de que es uno de los elementos por los que se determina la base imponible del IS. En este sentido, el artículo 10.1 de la LIS, dispone que la base imponible está constituida por el importe de la renta que se obtiene en el periodo impositivo correspondiente, minorada por la compensación de bases negativas de periodos impositivos anteriores.

La compensación de las BINS, como su propio nombre indica, se configura como un mecanismo empleado para poder gravar correctamente la capacidad económica real del sujeto pasivo, teniendo en cuenta la misma a conjuntamente, a lo largo de los ejercicios, no solo los beneficios o ganancias obtenidas en el periodo impositivo que se declara.

En la actualidad, la controversia que se deriva de las BINS radica en su configuración como derecho u opción tributaria, calificación de la que se derivan consecuencias diferentes. En este sentido, la tendencia de los últimos años de la Administración es seguir el criterio establecido por el TEAC en la resolución de 4 de abril de 2017, según la cual la compensación de BINS se califica como una opción tributaria (artículo 119.3 de la LGT). Es decir, el contribuyente en el momento de la declaración opta entre la compensación o no y, en caso de que así sea, de la cuantía de la compensación, sin posibilidad de modificar posteriormente la decisión a la que ha optado (salvo periodo reglamentario). Esto implica que en caso de que se presente una autoliquidación extemporánea, en la que se incluya la compensación de BINS, ésta sería objeto de rectificación, puesto que, no habiéndose presentado la autoliquidación en plazo, se entiende que el contribuyente no ha optado por la compensación.

Por su parte, los Tribunales se han pronunciado sobre la calificación de la compensación de BINS como un derecho (entre ellos, el TSJ de Valencia en sentencias como la de 25 de mayo de 2020), determinando por ello que la compensación de las BINS constituye

un derecho en favor el contribuyente, que puede ejercitarse, incluso en fase de comprobación.

Una vez que se ha expuesto el concepto de BINS, se procede a analizar su regulación en la LIS, con el fin de determinar las limitaciones, generales y específicas que pueden afectar a Ñ5 a la hora de compensarlas.

Pues bien, como se ha anticipado, las BINS son uno de los elementos que determinan el importe de la BI, si bien su regulación se encuentra en el Capítulo V de la LIS, referente a las reducciones en la BI del impuesto. En concreto, el artículo 26 de la LIS hace referencia a la opción/derecho (de conformidad con la controversia antes expuesta) del contribuyente a compensar con las rentas positivas de los períodos impositivos siguientes, las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación en los ejercicios anteriores. Del tenor literal del artículo se deriva que la compensación de las mismas no cuenta con límite temporal alguno, si bien, como a continuación expondremos, la norma sí que establece ciertas limitaciones cuantitativas.

En primer lugar, dispone el artículo 26 de la LIS que las BINS pueden ser compensadas con las rentas positivas del ejercicio en el que se apliquen, con el límite del 70% de la base imponible (previa a la aplicación de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de la LIS y a su compensación). Asimismo, dispone una limitación genérica en la medida en que, en todo caso, el importe de la compensación podrá alcanzar como máximo 1 millón de euros.

En relación con este límite, cabe señalar dos aspectos: el primero, que los límites recogidos derivan de la intención del legislador de limitar la aplicación de la compensación de las BINS para que la tributación de los ejercicios en los que se han obtenido beneficios no sea nula. De ahí el límite del 70% de la base imponible, permitiendo así que al menos un 30% de los beneficios del ejercicio queden sujetos a tributación.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, cabe hacer mención de la Disposición Adicional Decimoquinta y de la Disposición Transitoria Trigésimo Sexta de la LIS, que modifican el límite general de compensación antes mencionado en periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2016. En resumen, disponen que el límite de compensación de la BI a los contribuyentes con un INCN superior a 60 millones de euros, será del 25% de la BI; para aquellos con un INCN entre 20 y 60 millones de euros, hasta el 50% de su BI y aquellos con un INCN inferior a 20 millones de euros, será de aplicación el límite de compensación del 60% de la BI⁴⁰, si bien en la actualidad es de aplicación el límite de compensación del 70% dispuesto en el artículo 26 de la LIS antes mencionado.

Determinado el límite cuantitativo para la compensación de BINS, el artículo 26 establece también una serie de limitaciones de carácter cualitativo para aquel supuesto

⁴⁰ En relación con las limitaciones al porcentaje de compensación sobre la BI, ver resoluciones a las consultas vinculantes de la DGT V3340-16 y V1057-16.

en el que una sociedad adquiere otra sociedad que posee BINS con el fin de compensarlas y reducir su tributación. El legislador, en este supuesto y presumiendo el carácter fraudulento de la operación, ha establecido una serie de supuestos cuya concurrencia impide compensar las BINS, en concreto: **(i)** que la mayoría de las participaciones de la sociedad que tiene BINS hayan sido adquiridas por una entidad vinculada una vez concluido el periodo impositivo en el que se han generado las BINS; **(ii)** que la mencionada entidad vinculada hubiese tenido una participación inferior al 25% y **(iii)** que la entidad adquirida, resumidamente, se encontrase “parada”, es decir, que no viniera realizando una actividad económica dentro de los 3 meses anteriores a la adquisición, que haya sido dada de baja en el índice de entidades o que realice una actividad económica en los 2 años posteriores a la adquisición diferente o adicional a la realizada con anterioridad, entre otras cuestiones.

En nuestro caso, si bien es cierto que Ñ5 fue adquirida por Ñ4 en el año 2020, una vez generadas las BINS, la mencionada limitación no es de aplicación, en la medida en que no se trata de una operación entre partes vinculadas (puesto que Ñ4 no tiene vinculación alguna con Ñ5) y que en todo caso, Ñ5 se encontraba activa en el momento de su adquisición, percibiendo ingresos por una de las actividades que desarrolla, si bien con posterioridad a su adquisición retomado la actividad inmobiliaria que se encontraba paralizada.

Pues bien, determinadas las limitaciones generales a la compensación de BINS, cabe hacer mención a su aplicación en el caso de las sociedades que estén acogidas al régimen de consolidación fiscal, esto es, resumidamente, un régimen fiscal especial por medio del cual las sociedades que forman parte del grupo tributan conjuntamente, es decir, como si se tratase de un solo contribuyente del impuesto.

A los efectos que aquí interesan, la compensación de BINS a nivel de grupo cuenta con ciertas limitaciones, en la medida en que se trata de compensar las BINS generadas por todas las sociedades integrantes del grupo fiscal. En este sentido, la LIS dispone una serie de reglas a efectos de valoración de las BINS de las sociedades pertenecientes y en concreto, de las BINS de aquellas sociedades recientemente incorporadas.

En concreto, el artículo 67 de la LIS dispone que en el supuesto de que una entidad se incorpore a un grupo fiscal, sus BINS, a efectos de determinar la BI del grupo fiscal, podrán ser compensadas en la BI del grupo fiscal, pero con el límite del 70% de su propia BI, considerada a nivel individual.

A efectos prácticos, esta limitación se traduce en nuestro caso (y en caso de que el grupo tribute por el régimen de consolidación), que las BINS de Ñ5 que podrán ser tenidas en cuenta en el grupo fiscal a efectos de determinar la compensación total de las BINS del grupo, se calculará a nivel individual de conformidad con la regla general, esto es, el 70% de su BI en el ejercicio.

De conformidad con lo expuesto, Ñ5 podrá compensar sin límite temporal alguno sus bases imponibles negativas obtenidas en ejercicios anteriores, con la base imponible resultante del ejercicio en el que obtenga beneficios, hasta en un 70% de su importe, y

como máximo, en un importe de 1 millón de euros. En todo caso, para la aplicación de la compensación, habrá que tener en cuenta si el grupo familiar tributa en régimen de consolidación fiscal.

Apartado D.2. Sobre la tributación del Plan de opciones

Por otra parte, de conformidad con la información aportada, Ñ5 ha ofrecido un plan de incentivos a largo plazo a sus 23 empleados consistente en la concesión de opciones intransmisibles sobre las participaciones de la matriz Ñ4. En concreto, las opciones se conceden en 2020 y serán ejercitables en los meses de junio y diciembre de 2023 y 2024. El precio de ejercicio de la opción será un 90% del valor de mercado de las participaciones en 2023 y un 85% de dicho valor en 2024.

Por ello, Ñ5 desea conocer la tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante “**IRPF**”) del plan de opciones sobre las participaciones de Ñ4. Es decir, la calificación y cuantificación de los rendimientos tanto en el momento de la concesión de las opciones sobre las participaciones como en el de su ejercicio.

Con la finalidad de centrar el estudio de la cuestión planteada, cabe hacer una breve mención al plan de fidelización que ha desarrollado Ñ5, en la medida en que es una práctica común que en la actualidad recibe el nombre de *stock options*.

Pues bien, el actual sistema de retribución de los empleados de las empresas ha ido abandonando la retribución fija íntegra, para introducir modalidades de retribución variable, con el fin de mejorar del rendimiento de los trabajadores o su fidelización y compromiso con la empresa. En relación con esta última circunstancia, han cobrado especial importancia aquellos mecanismos de retribución que buscan la participación de los empleados en la empresa a través de su capital, entre los que se encuentran los planes de opciones o *stock options*.

Las *stock options* pueden ser definidas como un derecho que concede la empresa a sus trabajadores a adquirir un determinado número de acciones de la misma a un determinado precio y durante un determinado periodo de tiempo, permitiendo así a los empleados convertirse en accionistas de la empresa y participar en los beneficios que ellos mismos contribuyen a alcanzar. Finalizado el plazo establecido, el empleado tiene derecho a adquirir las acciones al precio fijado de antemano, pudiendo ejercer su derecho de compra dependiendo de la evolución del valor de las acciones y pudiendo vender posteriormente las participaciones.

Expuesto el funcionamiento y características generales del plan de opciones desarrollado por Ñ5, a continuación se hará referencia a la tributación del mismo en sede de los trabajadores, por lo que se realizará un análisis de la normativa fiscal española relativa a la imposición directa sobre la renta de las personas físicas, esto es, el IRPF.

El artículo 42 de la LIRPF dispone que constituyen rendimientos del trabajo en especie, la obtención, para fines particulares, de bienes o derechos por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

De esta forma, el ejercicio de las opciones (esto es, en el momento en el que se adquieren), el importe de la renta en especie que tributará como rendimiento del trabajo, ascenderá al importe resultante de la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y el precio de ejercicio (establecido por la empresa en el Plan) al que se adquieren realmente.

En todo caso, la Administración tributaria ha establecido una distinción a efectos de tributación en función del carácter transmisible o no de las opciones, que determinará el momento en el que se produce el devengo de la renta. En este sentido, en la resolución a la consulta vinculante V1766-16⁴¹, la DGT ha establecido que, si se trata de opciones de compra de carácter intransmisible, la renta se devengará en el momento en el que el beneficiario ejercite su derecho de opción de compra. Por el contrario, si los derechos de opción son transmisibles, el rendimiento del trabajo debe imputarse al momento en el que se conceden las opciones. En este último supuesto, la valoración del rendimiento debe realizarse por el valor normal de mercado de las opciones concedidas.

En nuestro caso, presumiendo que se trata de un plan de opciones intransmisibles (y consecuentemente que se devenga la renta en el momento en el que se ejercitan), en la medida en que el plan dispone que el precio de ejercicio de la opción en los años 2023 y 2024 será del 90% y 85% respectivamente del valor de mercado de las participaciones, el importe al que ascenderá la renta será la diferencia entre su valor de mercado y el importe al que ascienden los mencionados porcentajes que determinan el precio de adquisición.

Cabe destacar que de conformidad con el artículo 42.3 de la LIRPF, se reconoce la exención de la renta en especie derivada de la entrega a los trabajadores en activo por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de empresas del grupo, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, siempre que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa.

Esta exención de 12.000 euros anuales, será de aplicación siempre que se cumplan los requisitos dispuestos en el artículo 43 del RIRPF, que en concreto son: son: **(i)** que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa o grupo y contribuya a la participación de estos en la empresa; **(ii)** que cada trabajador no tengan una participación, directa o indirecta, en la sociedad o en el grupo superior al 5% y **(iii)** que los títulos se mantengan, al menos, durante tres años.

Adicionalmente, sobre la mencionada renta en especie, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LIRPF, relativo a los rendimientos irregulares. En este sentido,

⁴¹ En la mencionada resolución, la DGT reitera el criterio previamente expuesto en su resolución a la consulta vinculante V0415-13.

en la medida en que la mencionada renta ha sido recibida de forma notoriamente irregular en el tiempo, con un periodo de generación superior a 2 años, será de aplicación la reducción del 30% del rendimiento obtenido, con un máximo de 300.000 euros.

Determinada la tributación de las opciones en el momento de su ejercicio, cabe hacer mención de cómo tributaría la posterior venta de las participaciones por parte de los empleados.

De esta forma, en caso de que los trabajadores vendan posteriormente las participaciones⁴², la ganancia o pérdida patrimonial generada figurará como tal a efectos de IRPF, siendo calculada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la LIRPF, por la diferencia entre el valor al que se transmiten las participaciones y el valor al que fueron adquiridas, que se corresponderá con el precio de adquisición en ejercicio de la opción.

APARTADO E. “Eliminación del derecho de crédito de SUI frente a Ñ6”

Como se ha expuesto anteriormente, la filial SUI, residente en Suiza, adquirió en el año 2014 la totalidad de las participaciones de la sociedad española operativa Ñ6, así como un derecho de crédito que frente a Ñ6 ostentaba la entidad vendedora (no vinculada con Ñ1), con un valor nominal es de 30 millones de euros, si bien fue adquirido por SUI con descuento, por el importe de 1 euro, como consecuencia de su deterioro.

En la medida en que SUI desea eliminar de su activo el mencionado derecho de crédito frente a la filial española íntegramente participada y está interesada, por ello, en conocer los pros y contras de la eliminación de la mencionada deuda por medio de su condonación o capitalización/aportación a los fondos propios de Ñ6, a continuación se procederá separadamente al análisis de cada uno de los supuestos planteados desde una perspectiva fiscal meramente española, determinando en caso de optar por la última opción mencionada (esto es, la capitalización/aportación), cuál es la operación más viable.

Con carácter previo, y en la medida en que la cuestión planteada se centra en determinar cuál de las opciones expuestas es más recomendable desde la perspectiva fiscal española, cabe hacer mención del marco normativo en el que se basará el estudio de la operación.

Pues bien, el artículo 10 de la LIS dispone que la base imponible se calculará partiendo del resultado contable, determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones dictadas en desarrollo de las citadas normas.

⁴² Es necesario recordar que para la aplicación de la exención sobre la renta en especie, el artículo 43 del RIRPF dispone que las participaciones adquiridas deben mantenerse durante tres años.

Por tanto, para determinar los efectos tributarios de las operaciones mencionadas, será necesario analizar con carácter previo el tratamiento que la contabilidad le da a las mismas, por lo que se partirá del estudio de la normativa contable, en concreto, del Plan General de Contabilidad (en adelante, “PGC”).

El análisis de las operaciones de la condonación, capitalización y aportación, desde un punto de vista contable requiere necesariamente determinar cuál es la calificación que a efectos de registro y valoración que se le da en cada una de las sociedades participantes, del derecho de crédito que pretende eliminarse.

De esta forma, de conformidad con la Norma de Registro y Valoración (en adelante, “NRV”) 9ª, el derecho de crédito de SUI frente a Ñ6 tiene la consideración de instrumento financiero, entendido éste como un contrato por medio del cual se genera un activo financiero en una empresa (SUI) y simultáneamente, un pasivo financiero o un instrumento de patrimonio en otra empresa (Ñ6).

En sede de SUI, en la medida en que el crédito tiene consideración de activo financiero, incluido en la categoría de “préstamos y partidas a cobrar” y en Ñ6 el pasivo financiero se incluye en la categoría de “débitos partidas a pagar”, la valoración del instrumento financiero en ambos casos se realizará inicialmente por su valor razonable, esto es, con carácter general, por el precio de la transacción, sin perjuicio de que posteriormente se valoren por su coste amortizado.

Igualmente, en el caso de los activos financieros consistentes en préstamos y partidas a cobrar, cabe mencionar que el apartado 2.1.3 de la mencionada NRV 9ª dispone que deberán realizarse correcciones valorativas cuando exista una evidencia objetiva de que el valor de un crédito se ha deteriorado como consecuencia de determinados eventos que hayan ocurrido después de su reconocimiento inicial y que ocasionen una reducción de efectivo estimados futuros, que pueden venir motivados por la insolvencia del deudor.

En el presente caso, con independencia de las correcciones valorativas realizadas al crédito, como consecuencia de la previsible insolvencia de Ñ6 y la consecuente imposibilidad de hacer frente al pago de la deuda, se ha optado por llevar a cabo una operación consistente, a grandes rasgos, en eliminar o transformar el instrumento financiero presente en los balances de ambas sociedades.

Esta operación (en la que se incluyen tanto la condonación del crédito como su capitalización) es cada vez más común dentro de los grupos de sociedades, en los que si bien se han generalizado las relaciones financieras entre las sociedades con la finalidad de repartir los fondos existentes o proporcionar fondos a aquellas que tengan dificultades a la hora de acceder a otras formas de financiación, también lo es que el importe de estas financiaciones intragrupo ha ido reduciéndose con el paso del tiempo, con la finalidad de fortalecer las estructuras de los fondos propios de las sociedades beneficiarias.

Por ello, son prácticas extendidas en la actualidad la condonación de los créditos o la aportación a los fondos propios de los derechos de crédito, o la capitalización de los mismos, esto es, el aumento del capital social por compensación de créditos.

Pues bien, una vez expuesta la consideración que a efectos contables tiene el crédito que pretende eliminarse, así como los principales rasgos de las operaciones previstas para su eliminación, se procederá a continuación al análisis de cada una de ellas partiendo de su tratamiento contable, con el fin de determinar posteriormente las implicaciones tributarias de cada una de ellas.

(i) **La condonación del derecho de crédito**

El análisis de la operación de condonación del derecho de crédito de SUI frente a Ñ6, se realizará siguiendo el criterio establecido en la Consulta 5 del BOICAC 79/2009 del ICAC, en la medida en que desarrolla el tratamiento contable de la operación de condonación de un crédito adquirido con descuento.

En primer lugar, y de conformidad con el artículo 1.187 del CC, el tratamiento de las condonaciones se determinará de conformidad con la normativa que rige las donaciones, por lo que partiendo del carácter de “donación” de la operación, el tratamiento contable de la operación será el previsto en la NRV 18ª del PGC, relativa a la valoración de las “*subvenciones, donaciones y legados recibidos*”.

Previamente, cabe destacar que se trata de una operación llevada a cabo entre empresas del mismo grupo, si bien la NRV 21ª del PGC, relativa a la valoración de las operaciones realizadas entre este tipo de empresas, dispone que, a los efectos que aquí interesan, éstas se contabilizarán de acuerdo con las normas generales, con independencia del grado de vinculación entre las empresas.

Pues bien, de conformidad con la NRV 18ª del PGC, las donaciones (no reintegrables) recibidas de socios o propietarios, no constituyen un ingreso para la sociedad que las recibe, sino que deberá registrar la misma directamente como un incremento de los fondos propios, con independencia del tipo de donación de que se trate.

De esta forma, el incremento en los fondos propios de Ñ6 se registrará como un abono a la cuenta 118 del PGC, referente a las “*Otras aportaciones de socios*”, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 15 de la Norma de Elaboración de las Cuentas Anuales (en adelante, “NECA”) 6ª.

En cuanto al importe al que asciende incremento de los fondos propios, de conformidad con la NRV 18ª del PGC antes mencionada, la donación se valorará por el valor razonable del importe concedido. En este sentido, la referida Consulta 5 del BOICAC 79/2009 del ICAC, dispone que, en la medida en que el derecho de crédito se ha registrado en el balance de SUI por un importe inferior al que asciende el pasivo registrado en Ñ6 (como consecuencia de haber sido adquirido el crédito con descuento, por importe de 1 euro), es necesario aplicar a la operación el principio de equivalencia económica de las transacciones, en virtud del cual, el registro contable debe realizarse

partiendo de la premisa de que las partes realizan las operaciones en términos de equivalencia.

De esta forma, la aplicación de este principio implica que, en la medida en que se trata de una donación y, por tanto, una operación a título gratuito, el importe de la misma ascenderá a lo realmente aportado por SUI, que es 1 euro, correspondiente al precio de adquisición del derecho de crédito.

Por su parte, la extinción de la deuda, que determina una baja en la cuenta 171 del PGC de “*Deudas a largo plazo*”⁴³, se traducirá en un ingreso excepcional en la cuenta de P/G de Ñ6, por la diferencia entre el importe al que asciende la donación y el valor que a efectos contables tiene la deuda.

A efectos prácticos, el asiento contable de la operación en Ñ6 sería el siguiente:

OPERACIÓN: condonación del crédito	DEBE	HABER
(171) Deudas a largo plazo	30.000.000	
(118) Aportaciones de socios o propietarios		1
(778) Ingresos excepcionales		29.999.999

Figura 7

De esta forma, la condonación de la deuda en sede de Ñ6, se traduce en un aumento de sus fondos propios (en concreto, en el aumento de una reserva disponible), en la eliminación del pasivo financiero (que “desaparece” del pasivo del balance), así como un ingreso derivado de la condonación del crédito, en la medida en que la condonación implica que el pago del crédito que se debería afrontar en un futuro (es decir, un gasto), no se efectuará.

Por su parte, en sede de SUI, y teniendo en cuenta el principio de equivalencia económica de las transacciones, la condonación de la deuda determina un mayor valor de su participación en Ñ6, esto es, un cargo en la cuenta 240 (“*Participaciones a largo plazo en partes vinculadas*”), así como la baja del crédito frente a Ñ6 (incluido en la cuenta 242, (“*Créditos a largo plazo en partes vinculadas*”).

El asiento de la operación en SUI sería el siguiente:

OPERACIÓN: condonación del crédito	DEBE	HABER
(242) Créditos a LP en partes vinculadas		1
(240) Participación a LP en partes vinculadas	1	

Figura 8

De esta forma, en sede de SUI la condonación del crédito implica un mayor valor de su participación en Ñ6, por el importe del préstamo a cobrar registrado contra Ñ6,

⁴³ Si bien para la resolución de la operación se ha empleado la mencionada cuenta 171 del PGC, es necesario tener en cuenta que la novación del contrato de préstamo (en la medida en que SUI ha adquirido el mismo a la empresa vendedora con la que Ñ6 había contraído la deuda) exige la reclasificación del mismo en sede de Ñ6.

correspondiente a su valor de adquisición, que asciende a 1 euro como consecuencia de haber sido adquirido con descuento.

En todo caso, es necesario destacar que en la aplicación de este criterio recogido en la NRV 18ª del PGC (por el que la condonación implica un incremento de los fondos propios de la prestataria, y un mayor valor de la participación de la prestamista en los fondos de la prestataria), se exceptúa cuando no sea probable que la empresa obtenga beneficios económicos futuros derivados de la aportación. En este caso, el importe deberá registrarse como un gasto.

Una vez que se han determinado las implicaciones de la operación a efectos contables, se procederá a analizar los efectos que desde el punto de vista fiscal derivan de la misma.

Con carácter general, la condonación de un crédito de estas características (en el que el prestamista tiene el 100% de la participación en el prestatario) no genera ningún ingreso o gasto, desde el punto de vista fiscal, entre las entidades afectadas, siempre que exista en ambas partes el mismo valor fiscal del derecho de crédito y de la deuda. Esto es así porque de la operación analizada en su conjunto, se deriva una mera conversión en fondos propios de un derecho de crédito existente entre la entidad prestamista y prestataria, por un importe equivalente entre ambas partes⁴⁴.

Sin embargo, como hemos anticipado, en nuestro caso el derecho de crédito se encuentra registrado en el balance de SUI por un importe inferior al del pasivo registrado en las cuentas de Ñ6. Por ello, la extinción de la deuda y, en consecuencia, la cancelación del pasivo financiero por su valor contable en Ñ6, motiva el reconocimiento de un ingreso en la cuenta de P/G de esta sociedad por diferencia entre el importe de la donación y el valor contable de la deuda que se da de baja, ingreso que deberá incluirse en la base imponible de la entidad donataria⁴⁵.

Pues bien, en sede de Ñ6, teniendo en cuenta el ingreso en la cuenta de P/G derivado de la condonación, el resultado contable asciende a 29.999.999 euros, que tributando al 25%, determina una deuda tributaria por la operación de condonación de 7.499.999,75 euros.

En sede de SUI, en la medida en que la condonación de la deuda implica una simple conversión del activo financiero a un aumento, por su mismo importe, de los fondos propios de Ñ6, la operación no tiene efectos desde el punto de vista fiscal.

En cuanto a los impuestos indirectos por los que se puede ver gravada la operación, la condonación de la operación está sujeta a la modalidad de OS del ITP-AJD, de conformidad con el artículo 19.1.2 de la LITP-AJD. Sin embargo, en la medida en la que el artículo 45.I.B.11 del mismo texto legal, dispone que están exentas del impuesto

⁴⁴ Así ha sido establecido por la DGT en la resolución a la consulta vinculante V0118-17.

⁴⁵ Así ha sido manifestado por la DGT en la resolución a la consulta vinculante V1703-09.

“las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital”, la operación entre Ñ6 y SUI estará exenta de ITP-AJD⁴⁶.

(ii) **Capitalización del derecho de crédito**

La capitalización de un derecho de crédito hace referencia a aquella operación por medio de la cual, el crédito se elimina compensando el mismo con un aumento del capital social de la sociedad prestataria.

En la medida en que la Consulta 5 del BOICAC 79/2009 del ICAC, también desarrolla el tratamiento contable de la operación de capitalización de un crédito adquirido con descuento, los efectos contables de la operación en el presente asunto se determinarán a la luz de lo dispuesto en la mencionada Consulta.

Pues bien, la extinción del crédito instrumentada a través de una ampliación de capital para compensar la deuda determina, en sede de la sociedad SUI, una baja por el importe del crédito, así como un aumento en el valor de su participación en Ñ6 por el mismo importe. A efectos prácticos, el asiento contable de la operación en Ñ6 es el mismo que el dispuesto en el caso de la condonación⁴⁷.

En sede de la sociedad deudora Ñ6, sin embargo, la capitalización del crédito implica dar de baja el pasivo financiero (cuenta 171 del PGC, “*Deudas a largo plazo*”), reconociendo simultáneamente un aumento de sus fondos propios (cuenta 100 del PGC, “*Capital social*”), por un importe equivalente al valor razonable de la aportación que se ha realizado, que como se ha expuesto anteriormente, asciende a 1 euro, como consecuencia la adquisición del crédito con descuento.

El exceso, es decir, la diferencia entre el importe por el que se encuentra contabilizada la deuda en sede de Ñ6 y el incremento de los fondos propios, determina un ingreso excepcional en la cuenta de P/G.

El asiento contable de la operación en Ñ6 sería el siguiente:

OPERACIÓN: capitalización del crédito	DEBE	HABER
(171) Deudas a largo plazo	30.000.000	
(100) Capital Social		1
(778) Ingresos excepcionales		29.999.999

Figura 9

De esta forma, si bien la operación se contabiliza de modo distinto al supuesto de condonación, en la medida en que la capitalización del crédito se articula un mecanismo diferente para proceder a su eliminación, los efectos derivados de ambas operaciones pueden ser considerados como idénticos en la medida en que por las dos se genera un resultado contable en Ñ6 de 29.999.999 euros.

⁴⁶ En este sentido, las resoluciones a las consultas vinculantes de la DGT V1887-15 y V1978-16.

⁴⁷ Véase Figura 8.

En todo caso, de la operación de capitalización se derivan consecuencias fiscales muy diferentes. En este sentido, es de aplicación del artículo 17.2 de la LIS, que dispone que las operaciones de aumento de capital o fondos propios por compensación de créditos se valorarán fiscalmente por el importe de dicho aumento desde el punto de vista mercantil, con independencia de cuál sea la valoración contable.

De esta forma, a efectos mercantiles, el aumento de capital social se realiza con base al importe del préstamo registrado en sede de Ñ6, de 30.000.000 euros. Esto determina que la operación de capitalización no genera ningún ingreso tributable en sede del deudor, en la medida en que el importe al que asciende el crédito se compensa íntegramente por un aumento de los fondos propios por el mismo importe. Es decir, a efectos prácticos, en el balance de Ñ6, simplemente se transforma el crédito situado en el Pasivo, en parte del capital social del Patrimonio neto.

De esta forma, la operación no generará renta alguna en la BI de Ñ6, con independencia de que pudiera existir un ingreso desde el punto de vista contable⁴⁸. Por tanto, el resultado contable de Ñ6 que asciende a 29.999.999 euros, no se integrará en la BI en virtud del artículo 17.2 de la LIS, por lo que procederá realizar un ajuste negativo por el mencionado valor.

Por último, en cuanto a la sujeción de la operación a otros tributos, de conformidad con el artículo 19.1.2 de la LITP-AJD, la misma estaría sujeta a la modalidad de OS del ITP-AJD, si bien la operación se encontraría exenta por el artículo 45.I.B.11 de la misma norma.

En virtud de lo expuesto, cabe afirmar por sí misma la conveniencia de la eliminación del crédito a través de su capitalización, en la medida en que de la mencionada operación no se deriva tributación alguna.

Por último, y de conformidad con las cuestiones planteadas, teniendo en cuenta que de conformidad con la doctrina de la DGT⁴⁹, el tratamiento de la aportación a los fondos propios se equipara con el de la condonación de la deuda, se puede afirmar que la eliminación del crédito a través de la aportación de fondos determinaría la tributación de la operación en sede de Ñ6 por el importe al que asciende la diferencia entre la aportación realmente realizada por los socios (1 euro, que es el precio de adquisición del crédito) y el importe al que asciende el crédito (30 millones de euros).

Por todo ello, en la medida en que de la operación de condonación del crédito y de aportación de socios, se deriva la misma tributación de la operación y que de la capitalización del mismo no resulta ningún ingreso tributable, esta última es la opción más beneficiosa desde un punto de vista fiscal.

⁴⁸ Así ha sido dispuesto por la DGT en la resolución a la consulta vinculante V4141-15.

⁴⁹ A título de ejemplo, la resolución a la consulta vinculante de la DGT V5469-16.

APARTADO F. “Sobre la donación de Don A a sus hijos, B y C”

En este último apartado se analizarán las implicaciones tributarias de la donación que Don A desea realizar en favor de sus hijos B y C, procediendo por ello al estudio de la normativa fiscal española en el marco de la imposición directa a las personas físicas, haciendo especial referencia al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, “ISD”).

Previamente, con ánimo de centrar el objeto de estudio, los datos más relevantes de la operación, facilitados por el cliente, son los siguientes:

- Don A, de 67 años de edad, desea transmitir la nuda propiedad de sus participaciones en Ñ1, a partes iguales entre sus dos hijos, pese a que no tiene intención de cesar en ejercicio de las funciones de dirección que ha desarrollado durante 30 años.
- Don A ostenta un 50% de la participación en Ñ1, cuyo valor actual (a valor de mercado) asciende a 150 millones de euros, si bien su valor de adquisición en el año de 1987 fue de 100.000 euros.
- Todos los intervinientes en la operación son residentes en la Comunidad Autónoma de Madrid y todos ellos son, en la actualidad, administradores de la sociedad. En este sentido, Don A y C se dedican íntegramente a la gestión del negocio familiar, mientras que B es abogado y desarrolla su actividad profesional fuera del grupo familiar.

Pues bien, como ya se ha anticipado el impuesto por el que indudablemente se va a ver gravada la operación es el ISD, un impuesto de naturaleza directa y subjetiva que grava las adquisiciones gratuitas de las personas físicas⁵⁰, por cuanto generan un incremento de la renta del sujeto pasivo obligado al pago del tributo.

La controversia que se deriva en la actualidad de este impuesto (dejando de lado la discusión relativa a su carácter confiscatorio), radica en su propia configuración como un tributo cedido a las CCAA, que genera importantes diferencias de tributación en todo el territorio español, que han llevado a pedir si no su eliminación, su armonización.

En este sentido, cabe mencionar que el ISD es un impuesto cedido a las CCAA, que además de tener competencias en su recaudación y comprobación, tienen potestad normativa en lo relativo a los tipos aplicables, reducciones, las cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente y deducciones y bonificaciones de la cuota.

De esta forma, el impuesto se aplicará dependiendo de la CCAA de residencia en la que se realice el hecho imponible (sucesión o donación), lo que determina una tributación diferente, por un mismo hecho imponible, en diferentes CCAA.

⁵⁰ Por el ISD se gravan exclusivamente los incrementos del patrimonio de carácter lucrativo obtenidos por las personas físicas, excluyendo por ello de su aplicación a las personas jurídicas, que de conformidad con el artículo 3.2 de la LSD, se someterán al IS.

Tras esta breve introducción, se procederá a continuación a determinar las consecuencias que a efectos tributarios se derivan de la donación, diferenciando, para ello, los efectos de la operación sobre (i) los donatarios y (ii) el donante.

(i) **Efectos de la operación sobre los donatarios**

En la línea de lo expuesto anteriormente, la donación de las participaciones sociales por parte de Don A, a sus hijos B y C, determina la sujeción de la operación al ISD de conformidad con el artículo 3.1 de la LSD, así como la condición de éstos últimos de sujetos pasivos del impuesto, en la medida en que el apartado b) del artículo 5 de la LSD califica como de contribuyentes a los donatarios favorecidos por la donación.

Los donatarios, como sujetos pasivos del impuesto, estarán obligados al pago del impuesto por obligación personal⁵¹, esto es, por tener su residencia habitual en territorio español, con independencia de dónde se encuentren situados los bienes o derechos que integren el incremento de patrimonio gravado.

Como regla general, y teniendo en cuenta que el ISD grava los incrementos patrimoniales (obtenidos a título lucrativo), el importe al que ascenderá la deuda tributaria está directamente relacionado con el valor de los bienes que son objeto de transmisión, con ciertas especialidades dependiendo del tipo de operación. En el caso de las donaciones, la base de cálculo del impuesto se corresponderá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la LSD, con el valor neto de los bienes y derechos adquiridos, entendiéndose como tal “*el valor real de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas*” que sean deducibles conforme a lo establecido en la LSD.

De esa forma, para la determinación de la BI del impuesto, habrá que tener en consideración dos elementos: el primero de ellos, el “valor real” de las participaciones transmitidas, y en segundo lugar, las cargas y deudas que le sean deducibles de conformidad con lo dispuesto en la LSD.

Pues bien, la controversia que se deriva del alcance del concepto jurídico indeterminado de “valor real”, ha sido resuelta por la Administración que, de conformidad con la interpretación realizada del concepto a nivel jurisprudencial, ha determinado que debe entenderse por “valor real de los bienes y derechos adquiridos”, su valor de mercado en el momento de la transmisión⁵².

⁵¹ El artículo 7 de la LSD prevé igualmente la exigencia del impuesto por obligación real. De esta forma, aquellos que, teniendo la condición de contribuyentes a efectos del impuesto, no residan en territorio español, estarán obligados igualmente al pago del ISD por la adquisición de bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza, que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español.

⁵² A título de ejemplo, la consulta vinculante de la DGT V3712-16:

“En cuanto a la definición de valor real, que es el que ha de consignar el sujeto pasivo y comprobar la Administración, esta Subdirección General se ha pronunciado en numerosas resoluciones en contestación a consultas vinculantes, señalando que **se trata de un concepto jurídico indeterminado y que el Tribunal Supremo equipara al valor de mercado**. Como muestra, se transcriben a continuación parcialmente las resoluciones de 28 de noviembre de 2006 (V-2365-06) y de 21 de marzo de 2014 (V-0787-14), en las que se analizaba el concepto de valor real (...)” (el subrayado y la negrita son nuestros).

De conformidad con la información facilitada, el valor actual de mercado de las participaciones que Don A que son objeto de transmisión, asciende a 150 millones de euros, que se corresponden con un 50% de la participación sobre Ñ1. Teniendo en cuenta que la donación pretende realizarse en favor de a B y C, a partes iguales, se presume que cada uno de los donatarios percibirá un 50% de las participaciones transmitidas (esto es, un 25% de las participaciones totales de Ñ1), cuyo valor ascenderá a 75 millones de euros.

En segundo lugar, en relación con las cargas y deudas que podrán deducirse del valor real de las participaciones, a fin de determinar su valor neto, serán las establecidas en los artículos 12, 16 y 17 de la LSD. Estos artículos hacen referencia a aquellas cargas o gravámenes directamente establecidos sobre los bienes que son objeto de transmisión, o a aquellas deudas contraídas por el donante sobre mismos, que disminuyen realmente su capital o valor.

A modo de aclaración, en el caso de donación de participaciones sociales, el importe de las cargas o deudas que pueden ser objeto de deducción por minorar su valor, no se corresponde con los conceptos que tienen tal consideración en sede de la empresa participada (es decir, los pasivos de la empresa), sino que se refiere el precepto a las deudas directamente relacionadas con la participación que se transmite, como puede ser, por ejemplo, un préstamo contraído por el donante para su adquisición⁵³.

De esta forma, en la medida en que las participaciones objeto de transmisión no se ven gravadas por ninguna carga o deuda que minore su valor, la base imponible del impuesto asciende a 75 millones de euros.

La correcta cuantificación de la base imponible del impuesto, que como su propio nombre indica, es la base sobre la que se aplica el mismo, resulta determinante a efectos de establecer la deuda tributaria. Esto es así, entre otros motivos, porque el ISD, como ocurre con el IRPF, se gestiona por el régimen de autoliquidación, lo que determina que es el propio contribuyente el que debe calcular el importe al que asciende la deuda tributaria que posteriormente debe ingresar.

Es por ello por lo que la LSD regula en su artículo 18 un mecanismo por el cual faculta a la Administración gestora del impuesto a comprobar el valor de los bienes que ha

A mayor abundamiento, las resoluciones referenciadas transcriben asimismo la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto jurídico indeterminado de “valor real”, poniendo de manifiesto que éste “(...) lo asimila al valor de mercado cuando esto sea posible por existir un mercado de los bienes o derechos transmitidos (sentencia de 7 de mayo de 1991)” y que “(...) cuando exista un mercado de los bienes de que se trate, el valor real coincide con el valor de mercado –entre otras, sentencia de 16 de junio de 1994”.

⁵³ Esta interpretación ha sido seguida por el TEAC en la resolución de 6 de octubre de 2010 (n.º 1271/2010), en la que dispone, en relación con los gastos en una transmisión mortis causa de participaciones sociales que:

“tratándose de participaciones sociales, el valor sobre el que debe practicarse la reducción es el consignado (o comprobado) de dichas participaciones, deduciéndose exclusivamente las deudas directamente relacionadas con las mismas, entendiéndose como tales, no las propias de la empresa, las cuales vienen recogidas en su balance habiéndose ya computado a efectos del valor de la misma, sino las que puedan entenderse relacionadas con las propias participaciones, como podría ser un préstamo contraído por el causante para la adquisición de las mismas (...).”

tenido en consideración el contribuyente a efectos de calcular el impuesto. A los efectos que aquí interesan, en caso de que la Administración inicie el procedimiento de comprobación y determine un valor superior del bien transmitido, éste prevalecerá frente al consignado por el sujeto pasivo (sin perjuicio del procedimiento de tasación pericial contradictoria).

Pues bien, una vez determinada la BI, deberá deducirse el importe de las reducciones a las que tenga derecho el contribuyente⁵⁴ que, de conformidad con lo expuesto al inicio del presente apartado, vendrán determinadas por la normativa estatal y autonómica aplicable al caso. De esta forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 LSD, sobre la BI serán de aplicación, en primer lugar, las reducciones dispuestas a nivel estatal (si bien con las especialidades propias que la normativa de cada CCAA establezca) y posteriormente las reducciones propias de cada CCAA.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, las mencionadas reducciones de la BI están reguladas en el Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el estado (en adelante, el “DL 1/2010”). A los efectos que aquí interesan, el DL 1/2010 no establece ninguna reducción concreta que sea aplicable al caso, en la medida en que su artículo 22 bis, regula exclusivamente aquellas reducciones de la base imponible por adquisiciones inter vivos que se refieran a donaciones en metálico.

Consecuentemente, y siendo de aplicación la normativa de carácter general dispuesta en la LSD, el artículo 20.6 de la LSD regula una **reducción del 95% en la base imponible** para aquellas donaciones de participaciones en una empresa o grupo familiar (como es el caso de la Familia) realizadas en favor de descendientes, siempre que se cumplan una serie de requisitos que la propia norma dispone.

En relación con los requisitos exigidos para la aplicación de la mencionada reducción, cabe realizar una distinción entre: en primer lugar, aquéllos que se refieren exclusivamente a las participaciones y, en segundo lugar, aquéllos referidos a los sujetos que intervienen en la donación, es decir, al donante y donatarios.

Para una mayor claridad expositiva, se hará referencia por separado a cada uno de los “grupos” de requisitos, analizando su cumplimiento a fin de determinar la posibilidad de aplicar la reducción.

1. Requisitos relativos a las participaciones

Pues bien, el artículo 20.6 dispone que será de aplicación la reducción a la transmisión de participaciones ínter vivos realizada en favor (entre otros) de los descendientes del donante a los que sea de aplicación la exención al IP regulada en el apartado 8 del artículo 4 de la LIP.

⁵⁴ De este hecho, como en otros casos, se deriva la calificación del ISD como impuesto “subjetivo”, en la medida en que para su cálculo se tiene en consideración las circunstancias personales de los sujetos pasivos.

De esta forma, para la aplicación de la reducción, la LSD exige la previa exención en el Impuesto sobre el Patrimonio⁵⁵, por lo que procederá analizar la aplicación del artículo 4.8 LIP en a cada uno de los donatarios.

En primer lugar, en relación con Don B, éste estará exento del IP en la medida en que, el primer apartado del precepto mencionado establece la exención del impuesto sobre aquellos bienes y derechos necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial o profesional, que se ejerza de forma habitual, personal y directa y que constituya la principal fuente de renta.

Sin embargo, en el caso de Don C, a éste le será de aplicación la exención del artículo 4.8 de la LIP, en virtud de su apartado segundo, por el cual se determina la exención del impuesto de la plena propiedad sobre las participaciones en entidades, siempre que concurren una serie de condiciones, en concreto: (a) que la entidad en la que se participa no sea una entidad patrimonial y por tanto, realice una actividad económica a efectos del IP; (b) que la participación en el capital de la entidad sea al menos del 5% computado de forma individual, o del 20% conjuntamente con colaterales de segundo grado; y que (c) que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad que supongan una remuneración de más del 50% de la totalidad de sus rendimientos, si bien cuando la participación en la entidad sea conjunta (en virtud del requisito anterior), éste deberá cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco.

Pues bien, en la medida en que, si bien Don C desarrolla su actividad como abogado fuera de la empresa familiar, siendo ésta su fuente de rendimientos, el hecho de que C ostente, juntamente con su hermano B, un porcentaje de participación en el capital de Ñ1 superior al 20% y que éste último desarrolle de forma efectiva funciones de dirección en la entidad por las que percibe una remuneración que representa más de la mitad de la totalidad de sus rendimientos, permite afirmar el cumplimiento de los requisitos (b) y (c) antes expuestos.

Cabe destacar pues, que de los requisitos expuestos, y del mismo modo que ocurre con el apartado primero del artículo 4.8 de la LIP antes mencionado, se puede apreciar claramente el ánimo del legislador de asociar el beneficio fiscal que se deriva de la exención, a la continuidad y permanencia de las empresas familiares, exigiendo para su concesión que al menos uno de los integrantes del núcleo familiar, se dedique a la dirección efectiva de la sociedad.

Continuando con el análisis de la aplicación de la exención en Don C, y concretamente en lo relativo al cumplimiento del requisito (a) antes mencionado, es necesario

⁵⁵ En los mismos términos lo estableció la DGT en la consulta vinculante V2402-19 o en la consulta vinculante V3451-19, en la que dispone que “*las participaciones donadas han de serlo de una entidad que goce de la exención del artículo 4. Ocho. Dos de la LIP*”.

determinar si la sociedad holding Ñ1 en la que se participa, realiza una actividad económica a efectos de IP⁵⁶.

Pues bien, a efectos de este impuesto, se considera que una entidad no realiza una actividad económica cuando, durante más de 90 días de su ejercicio social, más de la mitad de su activo está constituido por valores, no computándose a estos efectos aquellos valores que otorguen, al menos, el 5% de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que se disponga para ello de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

A modo de aclaración, para la determinación del cumplimiento del requisito (a) en entidades participadas que sean holding, no se computarán las participaciones que la sociedad holding tenga en la sociedad participada que supongan al menos el 5% de los derechos de voto, siempre y cuando se posean con la finalidad de dirigir y gestionar las participaciones, se disponga de medios materiales y personales suficientes y las entidades participadas, a su vez, no tengan por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Asimismo, el mismo análisis debe hacerse respecto de las sociedades sub-holding participadas, que consecuentemente no pueden tener la consideración de entidades patrimoniales⁵⁷.

En virtud de lo expuesto, en la medida en que Ñ1 tiene participaciones en Ñ2, en la filial UK, en Ñ3, en Ñ4 y en SUI, con un porcentaje de participación superior al 5% sobre los derechos de voto, por el que se gestiona de forma efectiva su actividad, disponiendo para ello de medios materiales y personales, se cumple el mencionado requisito (a), teniendo en cuenta, además, que la sub-holding participada (esto es, Ñ2) no tiene consideración de entidad patrimonial en la medida en que, del mismo modo que Ñ1, tiene un porcentaje de participación superior al 5% sobre GAB y CHI, que gestiona de forma efectiva, disponiendo para ello de medios materiales y personales⁵⁸.

2. Requisitos relativos al donante y a los donatarios

Determinado el cumplimiento de los requisitos que deben cumplir las participaciones donadas para que sea de aplicación la reducción prevista en el artículo 20.6 de la LSD, cabe analizar los requisitos específicos que deben cumplir el donante y donatario.

En relación con el donante, la norma exige que tenga, como mínimo, sesenta y cinco años y abandone de forma efectiva sus funciones de dirección en la empresa, dejando de percibir por ello la remuneración asociada.

⁵⁶ En este sentido, los requisitos establecidos por la LIP para determinar el desarrollo de una actividad económica a efectos de IP son similares a los dispuestos en la LIS para la aplicación del IS, si bien el artículo 5 de la LIS, establece ciertas especialidades.

⁵⁷ En estos términos fue resuelta por la DGT una consulta relativa a la interpretación y aplicación de este precepto, en la consulta vinculante V3451-19.

⁵⁸ Para afirmar lo expuesto, se parte de la presunción de que Ñ1 gestiona de forma efectiva su participación en las sociedades participadas, contando para ello con los medios materiales necesarios y del mismo modo Ñ2, por lo que no tienen consideración de entidades patrimoniales.

De esta forma, para que sea de cumplimiento la reducción, Don A deberá abandonar de forma efectiva sus funciones de dirección en Ñ1 desde el momento en el que realice la donación de las participaciones a sus hijos, si bien, la propia norma permite su continuidad como miembro del Consejo de Administración de la sociedad, en la medida en que presume que de ello no se deriva el ejercicio de funciones de dirección.

En relación con los donatarios, por ser éstos los que garantizan la continuidad de la empresa familiar que se transmite, quedan obligados a mantener las participaciones que reciben en virtud de la donación (y al derecho a la exención en el IP), durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación.

Esto implica que ninguno de los donatarios podrá enajenar su participación en la empresa familiar, ni realizar actos de disposición u operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de las participaciones. En caso de que, se acojan a la reducción prevista para la donación y que posteriormente, incumplan estos requisitos, estarán obligados al pago de la deuda tributaria que se hubiese generado por la donación, si no se hubiese aplicado la reducción, así como los intereses de demora.

Pues bien, en caso de que se cumplan los requisitos anteriores⁵⁹, cada uno de los donatarios tendrá derecho a una reducción del 95% de la BI del impuesto lo que, en este caso, determinará una BL de 3.750.000. Sensu contrario, el incumplimiento de los mencionados requisitos implica la imposibilidad de realizar la mencionada reducción sobre la BI, ascendiendo ésta al importe antes mencionado de 75.000.000.

Partiendo del supuesto de que se cumplen los presupuestos para que los donatarios tengan derecho a la reducción y que, por tanto, su BL asciende a 3.750.000, se procederá a calcular la cuota íntegra del impuesto, que se obtendrá aplicando a la BL la escala autonómica establecida en el artículo 23 del DL 1/2010 conforme al cual:

Base liquidable (hasta euros)	Cuota íntegra (hasta euros)	Resto base (hasta euros)	Tipo aplicable (porcentaje)
798.817,20	199.604,23	En adelante	34,00

Figura 10

De esta forma, de la aplicación de la escala autonómica se deriva una cuota íntegra que asciende a 1.203.006,38⁶⁰, sobre la que deberá aplicarse el coeficiente multiplicador (en función de la cuantía del patrimonio preexistente y del grupo de parentesco en el que

⁵⁹ A modo recapitulativo, y para facilitar la comprensión del supuesto, los requisitos mencionados son: (i) que los donatarios sean sujetos exentos del IP en virtud del artículo 4.8 de la LIP; (ii) que el donante tenga como mínimo sesenta y cinco años; (iii) que el donante abandone las funciones de dirección en la empresa y (iv) que los donatarios mantengan las participaciones adquiridas durante los 10 años posteriores a la fecha de la escritura pública de la donación.

⁶⁰ De conformidad con la escala autonómica, y en virtud del tramo aplicable, recogido en la Tabla, del importe de la BL de 3.750.000 euros, los primeros 798.817,20 euros, se corresponden con una CI de 199.604,23. Al resto de la BL que asciende a 2.951.182,8 (esto es, la diferencia entre la BL total y el importe establecido en el tramo de 798.817,20 euros) se le aplica el tipo del 34%, que genera una CI de 1.003.402'15. La suma de los dos importes determina una CI total de 1.203.006,38.

están incluidos los donatarios) previsto en la normativa autonómica, a fin de determinar la cuota tributaria.

Pues bien, de conformidad con la escala prevista en el artículo 24 del DL 1/2010, partiendo de que la cuantía del patrimonio preexistente de los donatarios es de 2.008.000⁶¹ y que de conformidad con el artículo 20.2 de la LSD, pertenecen al grupo de parentesco II, el coeficiente multiplicador aplicable es 1,05. De esta forma, la cuota tributaria asciende a 1.263.156,7.

Por último, para calcular el importe total al que asciende la deuda tributaria, deben tenerse en cuenta las bonificaciones a la cuota tributaria dispuestas en el artículo 25 del DL 1/2010, en cuyo apartado 2 establece la **bonificación del 99% en la cuota tributaria** para las adquisiciones inter vivos en favor de los descendientes, siempre que la misma se formalice el documento público.

La importancia de la mencionada bonificación autonómica radica en que, en virtud de su aplicación, los contribuyentes por el impuesto solo tendrán que ingresar el 1% de la cuota tributaria que, en este caso, se corresponde con 12.631,57 euros.

De esta forma, la reducción de la BI del 95% es la que permite una tributación más beneficiosa de la operación, puesto que, en caso de no ser de aplicación, la deuda tributaria aproximada de la operación ascendería a 787.500 euros (teniendo en cuenta la base liquidable no reducida de 75 millones de euros).

Por lo tanto, resulta especialmente importante el cumplimiento de los requisitos mencionados en relación con el donante y los donatarios de la operación, en resumen, que el donante abandone las funciones de dirección de la empresa y que los donatarios (o al menos uno de ellos) continúe percibiendo al menos el 50% de sus rendimientos de la empresa familiar y ambos mantengan su participación intacta durante, como mínimo, 10 años.

(ii) **Efectos de la operación sobre el donante**

Pues bien, si bien como consecuencia de la donación se podría considerar que se produce una alteración en el patrimonio en el donante de la que deriva una variación del mismo, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 33 de la LIRPF, el propio apartado 3 del mismo precepto dispone que, a efectos de IRPF, se estima que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de las transmisiones lucrativas de participaciones “a las que se refiere⁶²” el apartado 6 del artículo 20 de la LSD (referente a la reducción sobre la BI del ISD antes analizada).

⁶¹ Teniendo en cuenta que el enunciado del caso no hace referencia al patrimonio preexistente de los donatarios, se presume la existencia de un patrimonio preexistente medio de 2.008.000 euros, de conformidad con los tramos establecidos en el artículo 24 del RD 1/2010. En todo caso, el cálculo del patrimonio preexistente deberá calcularse de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 22.3 de la LSD.

⁶² La controversia suscitada por el artículo 33.3 de la LIRPF, en relación con la expresión “a las que se refiere”, ha sido resuelta por la Administración entre otras, en la consulta vinculante V0247-20, en la que la DGT aclara que de la expresión se deriva el obligado cumplimiento de los requisitos establecidos en el

De esta forma, de conformidad con el artículo 33.1.c) de la LIRPF, el requisito que se debe cumplir para que sea aplicable la exención, es que los elementos patrimoniales que se afecten por el contribuyente a la actividad con posterioridad a su adquisición deberán haber estado afectos ininterrumpidamente, durante al menos cinco años antes de la fecha de transmisión.

Por todo ello, y en la medida en que la operación estará exenta en sede del donante siempre que se encuadre en el supuesto previsto en el artículo 20.6 de la LSD, resulta determinante que se cumplan los requisitos para que sea de aplicación la mencionada reducción del 95% de la BI del ISD. En concreto y como ha quedado expuesto anteriormente: que el donante abandone sus funciones de dirección en la empresa, que al menos uno de los donatarios perciba el 50% de sus rendimientos de su trabajo en la empresa familiar y que ambos mantengan su participación en Ñ1 intacta durante al menos, 10 años.

En caso de que la donación no se ajustase a lo dispuesto en el mencionado artículo 20.6 de la LSD, para la aplicación de la reducción del 95% de la BI, el donante tributaría por la donación como una ganancia patrimonial, de conformidad con el artículo 34 de la LIRPF, por la diferencia entre el valor de adquisición y valor de transmisión de los bienes donados, esto es, 149.900.000 euros.

III. CONCLUSIONES

En primer lugar, siguiendo el orden de las cuestiones planteadas, expuestas en la Introducción del presente Informe, el resumen de las implicaciones tributarias de cada operación y de la opción más conveniente para llevar a cabo cada una de ellas es la siguiente:

- A. Con respecto de Ñ1, GAB y CHI, para la venta de las participaciones y el reparto de dividendos, podrá ser de aplicación el método de exención previsto en la normativa española, que permite reducir la tributación de ambas operaciones, que ascendería a 6.165.000 y 37.500 euros, respectivamente.

Con respecto a la venta de las participaciones en GAB se cumplen los requisitos para que sea de aplicación la exención. Sin embargo, en relación con el dividendo de CHI, será necesario que Ñ2 mantenga la participación en CHI hasta un periodo de un año.

Por último, se recomienda la distribución del dividendo de CHI en el mes de diciembre, para que así la renta derivada de la operación no se integre en la liquidación del pago fraccionado y no se “adelante” el pago del impuesto a la Administración tributaria.

artículo 20.6 de la LSD para que sea aplicable la no sujeción al impuesto, con independencia de que el donatario aplique o no la reducción en el ISD que prevé ese artículo.

- B. Con respecto de la filial UK, en caso de que se adquieran bienes inmuebles, la operación estará exenta de IVA, pero sujeta a la modalidad de TPO del ITP-AJD. Si se adquieran bienes muebles, la operación estará sujeta a IVA, si bien en caso de que los activos fuesen trasladados a Reino Unido, la filial UK tendrá que autorrepercutirse el importe del impuesto o pagar el mismo de conformidad con las formalidades aduaneras del Reino Unido, dependiendo de si la operación se realiza antes de la materialización del Brexit o después.

En caso de que el conjunto de los activos adquiridos constituya una unidad económica autónoma, la operación estará exenta de IVA, pero sujeta a la modalidad de TPO del ITP-AJD.

Por último, en cuanto al vehículo de inversión más conveniente, se recomienda la creación de un establecimiento permanente en España, en la medida en que la filial UK pretende desarrollar su actividad en este territorio. De esta forma, las rentas obtenidas en el ejercicio de su actividad tributarían en Reino Unido a un tipo inferior al español (19% frente al 25%).

- C. En cuanto a la reorganización de los activos en Ñ3 para la entrada del inversor, se recomienda la operación de aportación no dineraria de rama de actividad, para que sea de aplicación el régimen especial previsto en la normativa fiscal española para las operaciones de reestructuración empresarial, que permite que de la operación de creación de la nueva sociedad española con la aportación de la rama de actividad inmobiliaria, no se genere tributación alguna.

Por su parte, en la venta del 40% de las participaciones a la filial del fondo internacional interesado en la inversión, genera una tributación en Ñ3 por la renta derivada de la participación, si bien parte de la misma estará exenta. Asimismo, en sede del adquirente, la operación estará exenta de IVA e ITP-AJD, por lo que no generará tributación.

- D. Con respecto a Ñ4 y Ñ5, para la compensación de las bases imponibles negativas habrá que tener en cuenta si Ñ1 tributa en régimen de consolidación fiscal. En todo caso, la compensación de las bases imponibles negativas ascenderá al 70% de la base imponible de Ñ5, con un máximo de 1 millón de euros.

En cuanto a la tributación del plan de opciones en sede de los empleados, el momento de su ejercicio determinará la generación de una renta en especie que se podrá beneficiar de una exención de 12.000 euros, siempre que se cumplan una serie de requisitos, esto es: 1) que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores; 2) que los trabajadores no tengan una participación en la sociedad, directa o indirecta superior al 5% y 3) que los títulos se mantengan durante 3 años. Asimismo, los trabajadores se podrán beneficiar de una reducción del 30% (con un límite de 300.000 euros) por tener la consideración de rendimiento irregular.

- E. En cuanto a la eliminación del crédito de SUI frente a Ñ6, se recomienda su eliminación a través de su capitalización, en la medida en que de la operación no se deriva tributación alguna.
- F. Por último, en cuanto a la donación, los donatarios se podrán beneficiar de una reducción del 95% de la base imponible del impuesto siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos: 1) que el donante abandone efectivamente las funciones de dirección en Ñ1; 2) que los donatarios mantengan las participaciones adquiridas durante un plazo mínimo de 10 años con posterioridad a la donación y 3) que les sea de aplicación la exención en IP, lo que implica, entre otras cuestiones, que al menos uno de ellos debe percibir el 50% de sus rentas por el ejercicio de su actividad en el grupo familiar.

Asimismo, en sede del donante la operación no estará sujeta a tributación solo en caso de que se cumplan los requisitos anteriores.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su Protocolo, hecho en Londres el 14 de marzo de 2013.

Convenio entre el Reino de España y la República de Chile para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 7 de julio de 2003 (BOE, 02-febrero-2004).

Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Ley 27/2014, de 27 de septiembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Ley 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido y se modifica el Real Decreto 1041/1990, de 27 de julio, por el que se regulan las declaraciones censales que han de presentar a efectos fiscales los empresarios, los profesionales y los obligados tributarios; el Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, por el que se regula la composición y la forma de utilización del número de identificación fiscal, el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, y el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, por el que se establece el procedimiento de aplicación de las Directivas de la Comunidad Económica Europea sobre intercambio de información tributaria.

Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad

Resoluciones de la Dirección General de Tributos

Consulta 0538-97.

Consulta vinculante V1703-09.

Consulta vinculante V0650-15.

Consulta vinculante V1887-15.

Consulta vinculante V4141-15.

Consulta vinculante V1057-16.

Consulta vinculante V1766-16.

Consulta vinculante V1978-16.

Consulta vinculante V2572-16.

Consulta vinculante V2712-16.

Consulta vinculante V3340-16.

Consulta vinculante V3712-16.

Consulta vinculante V5281-16.

Consulta vinculante V5469-16.

Consulta vinculante V0049-17.

Consulta vinculante V0118-17.

Consulta vinculante V2058-18.

Consulta vinculante V2611-18.

Consulta vinculante V2616-18.

Consulta vinculante V1060-19.

Consulta vinculante V1612-19.

Consulta vinculante V2183-19.

Consulta vinculante V2402-19.

Consulta vinculante V2741-19.

Consulta vinculante V3451-19.

Consulta vinculante V0247-20.

Consulta vinculante V0666-20.

Consulta vinculante V1600-20.

Consulta vinculante V2167-20.

Consulta vinculante V2899-20.

Obras doctrinales

Álvarez Barbeito, Pilar (2015). “*Determinación del “valor” sobre el que se aplica la reducción por transmisión mortis causa de la empresa familiar*”. Análisis Gómez-Acebo y Pombo, octubre 2015.

Álvarez Barbeito, Pilar (2020). “*La compensación de bases imponibles negativas ejercitada en autoliquidaciones extemporáneas*”. Publicaciones Gómez-Acebo y Pombo, 18 de septiembre de 2020.

Gómez de la Torre del Arco, M. (2016). “El nuevo tratamiento de la doble imposición en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades”. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIX. Pág. 405.

Hernández González- Barreda, Pablo A. (2018). “*Los impuestos de salida sobre las personas jurídicas: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva antielusión y la normativa española*”. Repositorio Comillas, 2018.

M. Pons, Pere (2015). “*Comentarios a la nueva exención para evitar la doble imposición en el impuesto sobre sociedades español: impacto en grupos españoles e internacionales y otros inversores*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 39-2015.

Martínez Paños, José Gabriel y López Pombo, Pablo. “*Condonaciones de créditos intra-grupo*”: régimen contable, jurídico y fiscal. Análisis de la doctrina del ICAC y de la Dirección General de Tributos”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 24 de febrero de 2014.

Sánchez Gil, Nieves (2018). “*Compensación de bases imponibles negativas y presentación extemporánea de autoliquidaciones*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 50-2018.