



FACULTAD DE DERECHO DE ICADE

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA Y
MÁSTER EN ASESORÍA FISCAL

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER:
CASO PRÁCTICO DE DERECHO FISCAL**

Autor: Juan Vicente Escribano Rumeau

Tutora: Eva Martín

Madrid

10 de enero de 2021

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. Introducción.....	3
2. Supuesto de hecho.....	4
3. Resolución del Caso Práctico.....	5
A. Respecto de Ñ2, GAB y CHI.....	5
B. Supuesto de la filial de UK.....	10
C. Reorganización de los activos de Ñ3 para entrada de inversor.....	21
D. Respecto de las filiales Ñ4 (BINS) y Ñ5 (IRPF).....	32
E. Eliminación del derecho de crédito que SUI tiene frente a Ñ6.....	37
F. Donación de la nuda propiedad de la participación de A a sus hijos B y C.....	42
4. Conclusiones.....	48
5. Bibliografía.....	49

1. INTRODUCCIÓN

El supuesto de hecho que se plantea hace referencia a un grupo empresarial español, de carácter familiar, y cuya sociedad matriz es la holding Ñ1. Las acciones de dicha sociedad, cabecera del grupo, están controladas en un 50% por don A, y el otro 50% lo ostentan a partes iguales sus dos hijos, don B y don C.

En los últimos ejercicios económicos se han producido una serie de sucesos en las distintas sociedades del grupo que han tenido un impacto considerable en su esfera mercantil y fiscal. Asimismo, se plantea por parte del grupo familiar la realización de diversas operaciones para dar respuesta a dichas situaciones y tener bajo control todas aquellas implicaciones tributarias que pudieran acontecer. El objeto del presente trabajo será, precisamente, exponer un análisis de la tributación de las distintas operaciones que pretende llevar a cabo el grupo empresarial y ofrecer un asesoramiento sobre la forma más aconsejable de llevarlas a cabo desde una perspectiva fiscal.

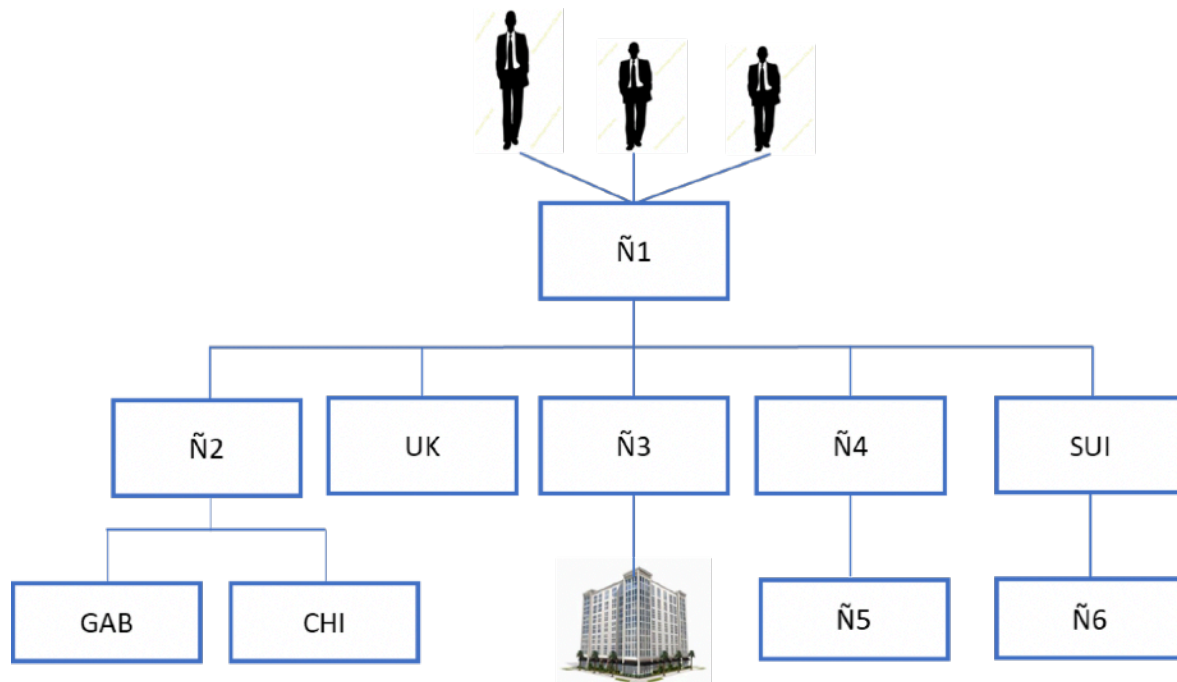
En ese sentido, partiendo de la accesoriidad que caracteriza al derecho tributario, en ciertas ocasiones es preciso ofrecer, con carácter previo, una valoración sobre la idoneidad de la operación que se pretende realizar. Y para ello, es necesario por momentos virar el prisma hacia el derecho civil o mercantil, dependiendo del caso, pues será la compraventa, la fusión o la donación lo que suscite implicaciones tributarias, y no al revés. Las diversas opciones que existen de realizar el negocio previo generarán unas consecuencias tributarias u otras, con lo que esta será la decisión verdaderamente importante, incluso desde la óptica fiscal.

Con todo ello, lo que se pretende en este trabajo es ofrecer una respuesta lo más completa posible a las distintas situaciones planteadas, valorando y analizando todas las opciones existentes en cada caso y sugiriendo la más atractiva desde el punto de vista fiscal.

2. SUPUESTO DE HECHO

Ñ1 es la sociedad holding de un grupo familiar español, cuya titularidad última está repartida entre un padre y sus dos hijos (la "Familia").

Al inicio del actual periodo impositivo del grupo, que coincide con el año natural, la estructura simplificada del grupo era la siguiente (los porcentajes de participación son del 50% del padre y 25% de cada uno de los hijos, para el caso de los socios personas físicas, y del 100% en el resto de los casos):



Cuestiones a analizar

Con base en los antecedentes e información proporcionada en el apartado relativo al supuesto de hecho, se plantean las siguientes cuestiones:

3. RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

A. Respecto de Ñ2, GAB y CHI

Análisis y cuantificación de la tributación directa derivada de la venta de la participación de Ñ2 en GAB, teniendo en cuenta que su valor de adquisición fue de 35 millones de euros y el valor transmisión previsto es de 95 millones de euros.

Se trata de una renta generada por la transmisión de una participación que Ñ2 tiene en una sociedad gabonesa. Esta sociedad es residente fiscal en Gabón y presenta una serie de particularidades que adquirirán cierta relevancia a medida que avancemos en el análisis del caso. Según el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, estarán exentas las rentas, especialmente los dividendos y plusvalías, que cumplan una serie de requisitos. En el presente caso, resultan de interés las plusvalías, que quedan reguladas en el apartado 3 del artículo 21: *“Estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo”*. Estos requisitos son tres: En primer lugar, que el porcentaje de participación sea del 5% o más, o bien que su valor de adquisición supere los 20 millones de euros. Este requisito se cumple ampliamente, pues Ñ2 ostenta una participación del 100% en el capital social de la sociedad gabonesa. A continuación, el precepto legal exige que la participación de la que procede la renta se haya poseído de forma ininterrumpida durante al menos todo el año anterior al día en que sea exigible la renta obtenida. Este requisito también se cumple, ya que Ñ2 posee la participación en la sociedad gabonesa desde el año 2010. Por último, al tratarse de una participación en una sociedad no residente, es necesario que esté sujeta en su país a un impuesto de naturaleza análoga al IS español y sometida a una tributación nominal de al menos el 10% (este requisito se denomina de “previa tributación”).

En ese sentido, se añade que este requisito se tendrá por cumplido cuando se trate de un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional. España no tiene un convenio de estas características con Gabón, de modo que será preceptivo averiguar la tributación por esos conceptos en el país africano. En las listas oficiales, Gabón

no aparece como un paraíso fiscal, con lo que, en principio, no opera la norma excluyente contenida al final del artículo 21.1.b) de la LIS: “En ningún caso se entenderá cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal”. Por ello, para saber si se puede aplicar la exención con carácter general, debemos aclarar si la tributación en Gabón ha sido superior al 10%. Hasta el año 2016, el tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades gabonés era del 35% y, a partir del año siguiente, pasó a ser del 30%. No obstante, es preciso aclarar que la ley española, en su artículo 21 de la LIS, se refiere en todo momento a tributación nominal y no a tributación efectiva para que se vea cumplido este tercer requisito y aplicar la exención ¹. Por tanto, será suficiente, para dar por cumplido el requisito de previa tributación, con que la sociedad participada haya estado sometida a un tipo nominal del 10%, cosa que ha sucedido con la sociedad gabonesa en todos estos años, sin importar que hayan podido existir reducciones, bonificaciones o exenciones que hayan podido disminuir la tributación a un tipo efectivo inferior al 10%.

De hecho, es muy posible que esto haya sucedido en el presente caso, a raíz del acuerdo fiscal que se alcanzó en enero de 2017 con las autoridades del país africano. Es probable que en los ejercicios de 2017, 2018 y 2019, a pesar del tipo nominal del 30% en el impuesto sobre sociedades, se haya tributado a un tipo efectivo inferior al 10%, gracias a las exenciones, deducciones y bonificaciones que contenía el acuerdo fiscal firmado. Sin embargo, tal y como se extrae de la consulta vinculante de la Dirección General de los Tributos (DGT) N° V0256/2016, así como de una interpretación literal del precepto legal (artículo 21.1.b) de la LIS), en la medida en que el tipo nominal sea superior al 10%, será irrelevante la tributación efectiva y procederá la aplicación de la exención del artículo 21 de la LIS. En cuanto a la tributación en los ejercicios previos al acuerdo fiscal firmado, esta fue incluso superior, puesto que aún estaba vigente en Gabón el tipo nominal del 35%, y la tributación efectiva, aunque el dato carezca de importancia, sería bastante similar a ese porcentaje, al no poder disfrutar la sociedad de los beneficios fiscales que le fueron concedidos en enero de 2017.

Por todo ello, al prevalecer el criterio de la tributación nominal, y ser esta en todo momento superior al 10%, procederá la aplicación de la exención del artículo 21 de la LIS a las

¹ La letra B) del artículo 21.1 de la LIS dispone la necesidad de 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*”

ganancias que se obtengan como consecuencia de la venta de las participaciones. Tal y como se dice en el enunciado, el valor de adquisición de dichas participaciones fue de 35 millones de euros, y su precio de venta será de 95 millones. La sociedad Ñ2 obtendrá una ganancia, que deberá integrarse en su Base Imponible, por la diferencia entre estas dos cantidades, que ascenderá a 60 millones de euros. No obstante, al tratarse de unas rentas exentas y, de ese modo, evitar la doble imposición que se produciría en caso de estar sometidas a tributación también en sede de Ñ2, se practicará un ajuste extracontable negativo para eliminar ese resultado de 60 millones de la Base Imponible de Ñ6. De esa forma, al aplicar la exención, la sociedad Ñ2 no deberá tributar por la ganancia obtenida con la venta de las participaciones.

Implicaciones tributarias y cuantificación de la carga impositiva que se derivaría para Ñ2, como consecuencia de la percepción del dividendo de CHI. Asimismo, y en caso de que la sub-holding española liquidara el pago fraccionado del Impuesto sobre Sociedades conforme a la modalidad de base, ¿cuándo recomendaría la distribución de dicho dividendo dentro del periodo impositivo actual? Explicad los motivos

En lo referente a la primera cuestión, que versa sobre la carga tributaria que se derivaría para Ñ2 como consecuencia de la percepción de un dividendo de 3 millones de euros de su filial chilena, procedería la aplicación, nuevamente, del artículo 21 de la LIS. Hay que analizar si se cumplen los tres requisitos anteriormente mencionados: el de una participación del 5% sí se cumple (Ñ2 tiene una participación del 100% en el capital de CHI), el de tributación previa en el país de origen también se cumple, ya que España tiene convenio para evitar la doble imposición internacional con Chile, de modo que se da por cumplido automáticamente este requisito sin importar el tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades chileno (que es del 27% el tipo general y del 25% para sociedades acogidas al régimen de pymes). En cuanto a la condición de poseer de manera ininterrumpida las participaciones durante el año anterior a la distribución del dividendo, no se cumple, pero la propia ley permite la aplicación de la exención si se mantiene esa participación posteriormente durante el tiempo necesario para completar el plazo de un año. De esa forma, al haberse adquirido en noviembre de 2019 y distribuir el dividendo en julio de 2020, si quiere aplicarse la exención del artículo 21, deberá mantener su participación hasta, al menos, noviembre de 2020. Al cumplirse los tres

requisitos, el dividendo de 3 millones de euros va a estar exento, eliminándose de la Base Imponible de Ñ2 mediante ajuste negativo, y no se deberá tributar nuevamente por ello.

Cuando la filial chilena obtiene ganancias en 2019, debe tributar por ellas en el impuesto sobre sociedades chileno, y, tras haberlo hecho, decide distribuir un dividendo de 3 millones de euros a su matriz española. Esas rentas ya han sido gravadas en origen, produciéndose una doble imposición económica (internacional) cuando vuelvan a ser objeto de tributación en España. Para eludir la doble imposición económica se evita que la matriz vuelva a tributar por ellas en su impuesto sobre sociedades español, con lo que el ingreso que supone el dividendo se va a eliminar de la base imponible mediante un ajuste extracontable negativo. Sin embargo, no se elimina del todo la doble imposición, ya que esa renta terminará llegando a los accionistas personas físicas y deberán tributar por ella en su IRPF (a un tipo del 23% posiblemente). Por tanto, nunca se elimina la doble imposición como tal (siempre se tributará en el primer origen y en el último destino; en este caso la misma renta tributará efectivamente en el impuesto sobre sociedades chileno y en el impuesto sobre la renta de los accionistas de la holding Ñ1), sino que, más bien, se trata de evitar una triple o cuádruple imposición.

Por otro lado, con independencia de lo expuesto en el párrafo anterior, es posible que el estado de residencia de la sociedad filial, en este caso Chile, someta a tributación el reparto de dividendos a una sociedad extranjera, y normalmente lo hará practicando una retención. De hecho, esto es lo que sucedería en el presente caso, ya que así lo contempla el convenio para evitar la doble imposición firmado entre España y Chile. En virtud de su artículo 10, *“los 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”*, pero el impuesto exigido no podrá exceder del 5% del importe del dividendo cuando se trate de un beneficiario que posea al menos el 20% del capital de la sociedad que paga los dividendos. La sociedad Ñ2 tiene una participación del 100% en el capital de CHI, con lo que le resultaría de aplicación este apartado y el impuesto exigido en Chile (retención) no podrá ser superior al 5% del dividendo que se distribuye a la matriz española. Suponiendo que el porcentaje es justamente del 5%, la cantidad que se deberá pagar en Chile asciende a 150.000 euros, independientemente de lo que ya se pagó por esas mismas rentas en concepto de impuesto sobre sociedades en el momento previo a la distribución del dividendo.

En este caso, al ser el tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades chileno (27%) superior al tipo español (25%), es indiferente el método por el que se opte para corregir la doble imposición: la exención del artículo 21 o la deducción del artículo 31 de la LIS. La aplicación simultánea de estos dos métodos no está permitida, tal y como dispone el artículo 21.9.c) de la LIS ². Como ya se ha explicado antes, hemos elegido la exención, pues se cumplen las tres condiciones para ello, y es un método más sencillo, debido a que el dividendo percibido simplemente se elimina de la Base Imponible mediante ajuste negativo. Pese a ello, la deducción del artículo 31 de la LIS también podría haberse aplicado, con un resultado idéntico desde la perspectiva fiscal. No se habría podido deducir de su cuota íntegra la menor de estas dos cantidades: el importe efectivo satisfecho en el extranjero o la cuantía que hubiese correspondido pagar en España. Cuando el tipo de gravamen en origen es igual o superior al tipo español, resulta indiferente optar por la exención o la deducción. En cambio, cuando el tipo en origen es inferior al 10%, es obligatorio elegir la deducción (no se cumple el requisito de tributación previa para aplicar la exención), mientras que si el tipo en origen oscila entre el 10 y el 25%, es mucho más ventajoso decantarse por la exención, ya que de lo contrario solo podría deducirse lo pagado en origen y habría que tributar en España por la “diferencia” hasta llegar al tipo español del 25%.

En cuanto a la segunda pregunta, en principio daría un poco igual el momento en el que se distribuya el dividendo, puesto que para la sociedad sub holding se trata de una renta exenta. Hay convenio con Chile, por lo que esas rentas ya han tributado allí y en España podría ser de aplicación el artículo 21 (parece que se cumplen los requisitos) con lo que ese dividendo percibido va a estar exento. Concretamente se hará un ajuste negativo en la base imponible. Es decir, el dividendo se contabiliza como un ingreso en la cuenta de PyG, pero luego, al hacerse un ajuste negativo, no se integrará como renta en la BI. Por tanto, al no integrarse en la base imponible, no va a aumentar su cuantía y no se deberá abonar un pago fraccionado mayor. Es irrelevante, a priori, el momento en que se distribuya ese dividendo.

Sin embargo, la disposición decimocuarta de la LIS establece una norma que podría resultar de enorme importancia en este caso. Conviene que a los contribuyentes cuya cifra de negocios neta en el ejercicio anterior supere los 10 millones de euros, se les aplicará una especialidad

² No se aplicará la exención prevista en este artículo: (c) A las rentas de fuente extranjera que la entidad integre en su base imponible y en relación con las cuales opte por aplicar, si procede, la deducción establecida en los artículos 31 o 32 de esta Ley.

en relación a los pagos fraccionados. Así, “*la cantidad a ingresar no podrá ser inferior, en ningún caso, al 23 por ciento del resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural*”. Por tanto, suponiendo que el ejercicio económico de estas empresas coincida con el año natural, los pagos fraccionados de marzo, septiembre y noviembre, no podrán ser inferiores al 23% del resultado que figure en la cuenta de pérdidas y ganancias en ese momento. En este sentido, los dividendos sí que se integran en la cuenta de PyG, sin importar que luego se eliminen de la BI vía ajuste negativo. Por ende, el cobro de dividendos, que aumenta el resultado positivo del ejercicio, haría que el 23% a aplicar sobre el total, también sea superior y se deba abonar en concepto de pagos fraccionados una cuantía mayor.

Por todo ello, lo más conveniente a efectos de aliviar los flujos de tesorería de la sub holding, sería que la filial le repartiese el dividendo en el mes de diciembre. De esta forma no entra en PyG hasta ese momento y no se tiene en cuenta a la hora de realizar los pagos fraccionados. Realmente no cambia nada en el resultado de los impuestos totales pagados a final de año, pero sí supone un respiro de tesorería para la empresa, ya que no debe hacer desembolsos tan elevados durante el ejercicio vigente. Todo ello partiendo de la premisa de que la sociedad tenga en el ejercicio anterior una cifra neta de negocios superior a los 10 millones de euros, lo cual es factible teniendo en cuenta las actividades que realizan sus filiales en Chile y Gabón.

B. En el caso de la filial de UK

Implicaciones en materia de tributación indirecta (IVA e ITP-AJD) derivada de la adquisición de los activos, contemplando todos los escenarios posibles. Esto es, fundamentalmente, que dichos activos se califiquen como bienes inmuebles (en este caso, presumid que tienen la consideración de edificación a efectos de IVA) o como bienes muebles y, en ambos casos, que en su conjunto constituyan o no una unidad económica autónoma en sede del transmitente.

La filial UK, que se dedica al negocio de las telecomunicaciones, decide adquirir una serie de activos radicados en territorio español a una sociedad española. Esta operación queda gravada desde la perspectiva de la tributación indirecta, ya sea en la modalidad de IVA o ITPO, lo cual

dependerá de las características y condiciones de la propia operación, como veremos más adelante. En cualquier caso, antes de empezar a analizar las distintas posibilidades que ofrece el supuesto en cuanto a la naturaleza de los elementos que se transmiten, cabe decir que en esta operación se entiende realizado el hecho imponible del IVA, sin perjuicio de que la operación pueda no estar sujeta en alguna de las variantes que se mencionan en el enunciado. Esto es así porque se trata de una entrega de bienes realizada por empresarios a título oneroso en el desarrollo de su actividad empresarial (artículo 4 de la Ley IVA). Además, las entidades participantes en la transmisión de los activos tienen la consideración de empresarios porque sería de aplicación el artículo 5.1.b) de la Ley del IVA, que establece la presunción de que las sociedades mercantiles son empresarios a efectos del IVA (suponemos que la sociedad transmitente no es una sociedad civil).

Asimismo, conviene recordar de antemano que los activos objeto de transmisión siguen permaneciendo en territorio español y que no son enviados al país en que es residente la sociedad adquirente (UK). Por tanto, no se trata de una exportación de bienes a efectos del IVA, en cuyo caso la operación estaría exenta y su análisis no iría mucho más allá (artículo 21 de la Ley IVA). La operación se entiende realizada en el territorio de aplicación del impuesto (España peninsular), ya que los bienes no son objeto de expedición ni transporte y se ponen a disposición del adquirente en ese mismo territorio. Por tanto, si consideramos que se trata de bienes muebles, resultaría de aplicación el artículo 68.1 de la Ley. En cambio, si consideramos que son bienes inmuebles, el resultado sería el mismo, pues la operación seguiría entendiéndose realizada en España, pero el camino seguido sería distinto: se aplicaría el artículo 68.2.3º, que hace referencia a las entregas de inmuebles radicados en ese territorio.

Ahora, entrando ya en el núcleo de la cuestión planteada, cabe señalar que existen cuatro opciones posibles dados los escenarios propuestos en el enunciado. La primera división es si los activos adquiridos reciben la calificación de muebles o inmuebles, mientras que la segunda requiere de cierto análisis. Se refiere a la posibilidad de que el conjunto de activos pueda ser susceptible de constituir una unidad económica autónoma, en cuyo caso tendrá un tratamiento fiscal distinto. Como han señalado numerosas consultas vinculantes de la DGT a lo largo de los años³, una unidad económica autónoma es un conjunto de elementos

³ En ese sentido, se pueden mencionar las siguientes consultas: N° V2215-14 (8 de agosto de 2014), N° V2613-20 (31 de julio de 2020) o la N° V3110-15 (16 de octubre de 2015).

corporales e incorpóreas, que bajo una determinada estructura y organización, son capaces de desarrollar una actividad empresarial por sus propios medios en sede del transmitente⁴, pero que por separado, esos mismos activos o elementos, serían insuficientes para constituir una “empresa” que desarrollase una actividad económica concreta. Por tanto, las cuatro opciones que deben ser contempladas son las siguientes:

- Si los activos reciben la calificación de muebles y constituyen una unidad económica autónoma. En este caso, tendríamos que acudir al artículo 7.1 de la Ley del IVA, que establece que la transmisión de elementos susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente no estará sujeta al IVA. En este punto es importante señalar que los elementos deben ir acompañados de una estructura organizativa compuesta por medios materiales y humanos. Por ello, la operación no estaría sujeta al IVA, sino al ITP-AJD, que es un impuesto con una triple vertiente (ITPO, OS y AJD). Se entendería realizado el hecho imponible previsto en el apartado a) del artículo 7.1 de la ley de ITP y AJD, que considera sujetas *“las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”*. En este impuesto, el obligado tributario será el adquirente de los bienes, es decir, la sociedad UK (artículo 8.a) de la Ley) y la base imponible estará conformada por el valor real de los bienes, en este caso de los activos, que son objeto de transmisión, contabilizando como gastos las cargas que disminuyan su valor, pero nunca las deudas aparejadas al mismo (artículo 10.1 de la Ley). Al tratarse de la transmisión de bienes muebles, se aplicará un tipo de gravamen del 4% sobre la base liquidable, ya que así lo establece el artículo 11.1 de la Ley del ITP-AJD. El tipo contemplado en ese artículo es estatal y solo opera en defecto de una regulación autonómica que fije un tipo distinto (en este caso no se indica la Comunidad en la que se encuentran los bienes). Además, también se deberá pagar el Actos Jurídicos Documentados, solo en la cuota fija correspondiente, por los documentos mercantiles y notariales que deban otorgarse o expedirse para formalizar la operación.
- Si los activos reciben la calificación de inmuebles y constituyen una unidad económica autónoma. En lo relativo al IVA, la argumentación es idéntica a la del apartado anterior, pues se aplica el artículo 7.1 de la Ley del IVA y la operación no estaría sujeta al impuesto.

⁴ La valoración de los requisitos de unidad económica autónoma debe realizarse en sede del transmitente, siendomenos importante lo que suceda después de la transmisión, tal y como señala la Consulta N° V2613-20.

De esa forma, al igual que en el caso de los bienes muebles, la adquisición estaría sujeta al ITP-AJD (por el artículo 7.5 de la Ley del ITP-AJD) ya que se trataría de una transmisión onerosa inter vivos de bienes inmuebles que integran el patrimonio de personas jurídicas.⁵ La principal diferencia sería el tipo de gravamen aplicable, que en esta ocasión sería del 6%, pues así lo dispone para los bienes inmuebles el artículo 11 de la ley en su primer apartado. Todo ello en defecto de regulación autonómica que fije un tipo distinto, pero al no conocer de cuál se trata, habrá que tener como referencia el tipo que establece la legislación estatal. De igual forma, se deberá pagar el AJD, aunque únicamente la cuota fija, por todos los documentos mercantiles y notariales que se deban expedir en el transcurso de la operación.

- Si los activos reciben la calificación de inmuebles y no constituyen una unidad económica autónoma. Al cumplirse el hecho imponible ya mencionado del artículo 4 de la Ley del IVA y no operar ningún supuesto de no sujeción, la transmisión estaría sujeta al IVA. En función de la naturaleza de los bienes transmitidos, la operación tendrá un tratamiento fiscal u otro, lo cual pasamos a analizar a continuación. En primer lugar, puede tratarse de bienes inmuebles nuevos, con lo que esta será su primera transmisión (imaginemos que la sociedad española que los vende es una promotora que se dedica a eso) o pueden ser bienes ya utilizados y que esta sea su segunda o ulterior transmisión. En el primer caso, se trataría de una operación sujeta y no exenta, y se le aplicaría un tipo de gravamen del 10% si los inmuebles son aptos para su uso como vivienda (artículo 91.1.7º de la ley del IVA) o el tipo general del 21% si se trata de una edificación de otra clase. Sin embargo, si se trata de una segunda o ulterior entrega, al tener la consideración de edificación, la operación estaría sujeta y exenta a efectos del IVA (Artículo 20.1.22º de la Ley del IVA). No obstante, desde el año 2015 es posible renunciar a la exención relativa a bienes inmuebles. Esto se debe a que la exención implica no tributar en concepto de IVA y sí hacerlo por el ITPO, que tiene un tipo de gravamen muy inferior, pero no es deducible. Por ello, si el adquirente es un empresario con derecho a deducirse el IVA soportado (en este caso lo normal es que fuese así, ya que en el sector de las telecomunicaciones no hay actividades exentas, aunque al ser residente en UK sería difícil renunciar a la exención) podrá renunciar a la exención y, en vez de tributar por ITPO, hacerlo por IVA. Esto implica un tipo de gravamen del 21%,

⁵ En ese sentido, ver el trabajo de Victor Viana y Francisco de la Puente, “La Tributación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de la transmisión de negocios inmobiliarios”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez (2008), pp. 13-15.

cercano al triple del de ITPO, pero que será deducible para la entidad adquirente, con lo que al final representará un gasto mucho menor.

- Si los activos reciben la calificación de muebles y no constituyen una unidad económica autónoma. Esta posibilidad sería la más sencilla, pues la transmisión de los activos estaría sujeta al IVA y no exenta. No opera ningún supuesto de no sujeción, ya que los bienes no son susceptibles de constituir una unidad económica autónoma, y tampoco es de aplicación ninguna de las exenciones contempladas en el artículo 20. Simplemente sería una entrega de bienes en la que se entiende realizado el hecho imponible del artículo 4 de la ley, cuya base imponible será la contraprestación total pagada por los activos (artículo 78 de la ley del IVA) y en la que el devengo tendrá lugar cuando los bienes se pongan a disposición de la Sociedad UK (artículo 75 de la ley). De igual forma que en el apartado anterior, el IVA que soporta el adquirente podrá ser deducible, en la medida en que son compras que realiza en el desarrollo de su actividad habitual y que son necesarias para el correcto funcionamiento de su empresa. Al entender que no realiza operaciones exentas, disfrutará de una deducción plena del IVA soportado. De lo contrario, habría que aplicar la regla de prorrata y solo podrá deducirse una parte del IVA soportado (el porcentaje se obtendrá de la proporción de actividades exentas y no exentas que realice la sociedad).

Asimismo, respecto de su adquisición la sociedad de UK se está planteando la posibilidad de constituir una o más sociedades en España para realizar la inversión. En este sentido, por favor, indíquese que estructura sería recomendable desde un punto de vista fiscal, y por qué, teniendo en cuenta tanto los flujos derivados de la inversión inicial (i.e. intereses), como las rentas derivadas de su mantenimiento (i.e. obtención de beneficio en España, que se distribuiría anualmente hasta llegar al nivel de Ñ1) y, sobre todo, que se prevé desinvertir en dichos activos un plazo no superior a diez años (i.e. plusvalías).

¿Recomendarías la misma estructura de inversión en caso de que los activos se calificaran como bienes muebles o inmuebles?

La sociedad UK, que es residente en Reino Unido, tiene varias opciones a su disposición para adquirir los activos a la sociedad española. Antes que nada, es necesario aclarar que dichos activos van a permanecer en España y le van a reportar ganancias en dicho territorio, pues así

se explica en el enunciado. De ese modo, la sociedad UK deberá elegir entre una tenencia directa o indirecta de los activos. En el primer caso, adquirirá y ostentará directamente la titularidad de dichos activos, probablemente a través de la figura del establecimiento permanente. En el segundo caso, UK constituirá una sociedad en España, a través de la cual se hará con los activos y los controlará, obteniendo dividendos en caso de que la sociedad española perciba rentas por la actividad derivada de dichos activos.

Empezando por el segundo caso, la tenencia indirecta de los activos a través de una sociedad, debemos analizar las implicaciones tributarias que ello conlleva. Primero hay que mencionar que constituir y mantener una sociedad es costoso, pues implica obligaciones constantes de diversa índole: la constitución está sujeta al impuesto Operaciones Societarias (aunque está exenta), se debe tener un administrador, así como celebrar juntas de accionistas, elaborar y aprobar las cuentas, lo cual representa un gasto considerable. Por otra parte, en lo relativo a los flujos derivados de la inversión inicial, suponemos que la sociedad UK concede un préstamo a la filial española recién constituida para que adquiera los activos. De esa financiación se deriva el pago de intereses a la matriz UK, lo que supondrá un gasto financiero para la sociedad española. Estos gastos serán deducibles en la medida en que lo permita el artículo 16 de la LIS: son deducibles con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio, y en todo caso se podrán deducir gastos financieros por importe de un millón de euros. Asimismo, para la sociedad UK, el cobro de intereses va a suponer un ingreso en su impuesto sobre sociedades británico. También es necesario acudir al CDI entre España y UK para ver el tratamiento que reciben los intereses. En su primer apartado, el artículo 11 dispone que *“los intereses procedentes de un Estado contratante cuyo beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante”*. Por ello, no podrán someterse a tributación en España; solo en el Reino Unido.

También hay que tener en cuenta las rentas que se van a derivar del mantenimiento de los activos en España, las cuales estarán sujetas al Impuesto sobre Sociedades. Se deberá seguir el esquema habitual del impuesto, siendo de aplicación las bonificaciones y deducciones pertinentes, pues la sociedad española es contribuyente y sus rentas estarán sujetas al IS. En este sentido, existe un beneficio fiscal considerable que podría ser de aplicación a la nueva sociedad, y es que tributará a un tipo impositivo del 15% (en vez del 25%) en los dos

primeros periodos impositivos en los que la Base Imponible sea positiva. Esto se debe a que podría tener la consideración de entidad de nueva creación ⁶.

Una vez que haya tributado por sus rentas obtenidas en España, distribuirá dividendos a su única accionista, que es la sociedad residente en Reino Unido. Por ello, es preciso acudir al CDI celebrado entre España y el Reino Unido, pues será útil para conocer el tratamiento fiscal que tendrán los dividendos. En su artículo 10 establece que los dividendos se someterán a tributación en el Estado de la sociedad que los percibe, es decir en UK, pero posiblemente sea una renta exenta (igual que lo estarían en España en virtud del artículo 21 de la LIS). Sin embargo, en el segundo apartado se añade que también podrán someterse a imposición en el Estado en que resida la sociedad que paga dichos dividendos, es decir, en España. Al no tratarse de una Socimi, esa retención en España sería del 10% del importe del dividendo, pero no resultará de aplicación al operar la exención del artículo 10.2.b), que exime del pago cuando el beneficiario del dividendo sea una sociedad que controle al menos el 10% del capital de la sociedad que paga los dividendos. Al cumplirse esa condición, no se deberá pagar impuesto alguno en España al distribuir dividendos a una sociedad británica. Más adelante, cuando sea la sociedad británica la que reparta dividendos a Ñ1, estos también estarán exentos en sede de Ñ1, pues se cumplen los requisitos para aplicar la exención del artículo 21 de la LIS. Esas rentas finalmente tributarán en sede de las personas físicas beneficiarias, que son los tres accionistas de Ñ1, en concepto de rendimientos del capital mobiliario en su declaración correspondiente del IRPF.

Finalmente, debemos abordar el asunto de la desinversión en los activos, planeada a diez años vista, y que podría generar plusvalías para la sociedad. Hay dos maneras de abordar este tema, y su tratamiento fiscal será distinto. La primera opción es que la sociedad española, titular de los activos, sea quien los venda a un tercero. De esta forma obtendrá una plusvalía en la medida en que su valor de venta sea superior al valor fiscal de los activos. Esta ganancia obtenida de la transmisión se imputará como una renta en la cuenta de PyG (artículo 17 de la LIS) y también se integrará en la Base Imponible, tributando a un tipo del 25%. Una vez tributado por ello, la sociedad española lo distribuirá en forma de dividendo a la sociedad UK, o incluso en forma de cuota de liquidación si decide liquidar la sociedad, siendo de aplicación

⁶ Lo será si entendemos que se inicia una nueva actividad como consecuencia de la adquisición de los activos en los términos del artículo 29.1 de la LIS, sorteando sus apartados a) y b).

las normas ya explicadas en el párrafo anterior (el impuesto del 10% exigido en España por distribuir dividendos a UK estaría exento, y se sometería a tributación la percepción de dividendos de UK en su impuesto sobre sociedades, aunque, seguramente, estaría exento también en virtud de algún mecanismo para evitar la doble imposición). Por otro lado, habría que añadir que la venta de los activos también estaría sometida a tributación indirecta. Si se vende a un particular, quedaría sujeta al ITPO, y debería hacer frente a este impuesto el adquirente de los bienes (artículo 8.a de la Ley de ITP.). Si se vende a otro empresario, la venta quedaría sujeta al IVA (entendiendo que no es unidad económica autónoma y no opera la no sujeción del artículo 7.1 de la Ley del IVA). En caso de ser un bien inmueble, como se trataría de segunda entrega, la operación estaría exenta (Artículo 20.1.22º de la Ley del IVA), aunque sería posible renunciar a la exención y tributar por IVA (deducible) en vez de por ITP.

La otra posibilidad es que la sociedad UK venda directamente sus participaciones en la sociedad española titular de los activos. Esta es una opción recomendable, dada su mayor sencillez, si los activos en cuestión es lo único que tiene a través de la sociedad española. En principio, la venta de unas participaciones solo va a tributar en sede del transmitente y, en caso de que una operación semejante se realizase en España, las plusvalías obtenidas estarían exentas (artículo 21.3 de la LIS). Sin embargo, al ser la transmitente una sociedad británica, debemos acudir de nuevo al CDI. En su artículo 13, dedicado a las ganancias de capital, el Convenio establece una distinción en función de la clase de bien que genere la ganancia. Si se trata de bienes muebles, sería de aplicación la norma general contenida en el artículo 13.6, que establece que las plusvalía obtenida solo será susceptible de imposición en el país en que sea residente la entidad transmitente, es decir, en Reino Unido. En cambio, si se trata de la enajenación de participaciones cuyo valor proceda en más de un 50% de bienes inmuebles, la ganancia podrá someterse a tributación, además de en el Reino Unido (por ser el país de la transmitente), en el Estado en que se encuentra el inmueble, que, en este caso, es España.⁷

Una vez finalizado el análisis de como sería la tenencia indirecta de los activos a través de una sociedad, es preciso hacer lo propio con la tenencia directa, para después comparar ambos sistemas y recomendar el mejor de ellos. Llegados a este punto, cobra importancia la figura del Establecimiento Permanente (EP), que son lugares fijos de negocios que carecen de

⁷ Así lo establece el artículo 13.4 del CDI. En España, tributaría por el artículo 14.1.c) del IRNR, ya que son ganancias derivadas de la venta de participaciones en una sociedad cuyo activo está mayormente constituido por inmuebles. Se le aplicaría un tipo impositivo del 19%, que viene dispuesto en el artículo 25.1.f).3º del IRNR.

personalidad jurídica propia, pues es la misma que la de su casa central. Se entiende por EP un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad, y el artículo 5 del CDI hace referencia a una serie de establecimientos, como los talleres, fábricas, oficinas o almacenes, que tendrán la consideración de EP. En el enunicado no se aclara el tipo de activos que UK va a adquirir, pero sí se dice que pueden formar una unidad económica autónoma y que obtendrán ganancias por sí mismos en España, con lo que es muy posible que puedan constituir un EP de la sociedad UK en España. Para ello, es necesario que se cumplan las condiciones que ha ido estableciendo la DGT en sus diversas consultas. En ese sentido, es realmente ilustrativa la Consulta Vinculante N° V0066-18 (17 de enero de 2018), que resume las circunstancias que deben darse para que un servidor instalado en España tenga la consideración de EP. Uno de los argumentos importantes que se extraen de esta consulta y que podrían ser aplicables a cualquier otro caso similar es la necesidad de que a través del EP se desarrolle una actividad que constituya en sí misma una parte esencial y significativa de las actividades del conjunto de la empresa, y no partes del negocio que tengan un carácter meramente preparatorio o auxiliar.

Siguiendo el mismo esquema que el empleado para la tenencia a través de una sociedad, iniciamos el análisis con el pago de intereses. En este supuesto de tenencia directa, realmente no tendría por qué generarse intereses en favor de la sociedad UK, puesto que realmente no hay ningún préstamo. La sociedad británica es la que compra directamente los activos y estos constituyen un EP en España, con lo que realmente no media ningún préstamo para la adquisición de los mismos. No obstante, en caso de acontecer necesidades monetarias en el transcurso de la actividad, el EP podría solicitar un préstamo a su casa central (sociedad UK). De tal operación se devengarían intereses, que en ningún caso serían un gasto deducible para la entidad pagadora, es decir el EP, ya que así lo establece el IRNR en su artículo 18.1.a): *“Para la determinación de la base imponible, no serán deducibles los pagos que el establecimiento permanente efectúe a la casa central o a alguno de sus establecimientos permanentes 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”*.

En lo relativo a las rentas que se obtengan en España a través del EP, estarán sujetas al IRNR, ya que el EP comparte la personalidad jurídica de su casa central y no es residente en España. La forma de calcular la cuota tributaria se regula en los artículos 16-19 del IRNR y se

determinará con arreglo a las disposiciones del régimen general del Impuesto sobre Sociedades, con la salvedad de algunas especialidades como la contenida en el artículo 18.1.a) o el 19.2. Por lo demás, la metodología de cálculo es idéntica, siguiendo el mismo esquema que en el IS y siendo de aplicación también las deducciones y bonificaciones pertinentes. En cuanto a la distribución de las rentas a la casa central, que obviamente se encuentra en el extranjero, el artículo 19.2 del IRNR prevé una imposición complementaria del 19% sobre dichas rentas cuando hayan sido obtenidas a través de un EP. Sin embargo, este recargo no va a resultar de aplicación, porque en el apartado 3 del mismo artículo, se exime de ello a las rentas obtenidas a través de un EP por entidades que tengan su residencia en un Estado que haya suscrito con España un CDI⁸. Además, hay que acudir al artículo 7 del CDI, que corrobora el sometimiento a imposición en España de las rentas, por obtenerse a través de un EP. También indica, en su apartado primero, que las rentas serán gravadas en el Estado en que es residente la sociedad que las obtiene, que en este caso es el Reino Unido. En el supuesto hipotético de que se tratase de una sociedad española que obtiene rentas en el extranjero a través de un EP, esas rentas estarían exentas en España en virtud del artículo 22.1 de la LIS.

Por último, cabe mencionar lo que sucedería en el momento de la desinversión. La sociedad UK vendería los activos, deshaciéndose de su EP en España. En principio, deberá tributar por la plusvalía correspondiente en su país de residencia⁹, que es el Reino Unido. En dicho país, posiblemente se trate de rentas exentas, igual que lo están en España las plusvalías derivadas de la transmisión de un EP (artículo 22.1 de la LIS). Sin embargo, el CDI establece en su artículo 13.2 una norma especial para la enajenación de bienes muebles que formen parte de un EP y para la transmisión del propio EP: podrán someterse igualmente a tributación en el Estado en que se encuentre el EP transmitido. Es decir, que también podrá gravarse esa renta en España. De esa forma, resultará de aplicación el artículo 18.5 del IRNR, intengrándose en la BI la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales que estaban afectos al EP situado en España que cesa su actividad¹⁰.

⁸ O también que se encuentre en la UE (art 19.3.a)), y, a efectos fiscales, el Reino Unido sigue formando parte de la UE cuando se están escribiendo estas líneas.

⁹ Así lo establece el CDI en su artículo 13.6 - norma general para ganancias de capital.

¹⁰ También se prevé en el artículo 16.1.c) del IRNR la tributación de las ganancias que se deriven de elementos afectos a un EP, y se añade que “*se consideran elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto*”.

Por otra parte, cabe mencionar que la transmisión de los activos también estaría sometida a tributación indirecta. Si se vende a un particular, quedaría sujeta al ITPD, y debería hacer frente a este impuesto el adquirente de los bienes¹¹. Si se vende a otro empresario, la venta quedaría sujeta al IVA (si entendemos que no es una unidad económica autónoma y no opera la no sujeción del artículo 7.1 de la Ley del IVA). En caso de ser un bien inmueble, como se trataría de segunda entrega, la operación estaría exenta (Artículo 20.1.22º de la Ley del IVA), aunque sería posible renunciar a la exención y tributar por IVA (deducible) en vez de por ITP.

Tras todo lo expuesto, mi recomendación a la Sociedad UK sería adquirir los activos en España a través de una sociedad y apostar por una tenencia indirecta. A pesar de generar unos costes burocráticos y de mantenimiento superiores, el tratamiento fiscal es más ventajoso, sobre todo si se planea una desinversión en el corto plazo. Esto se debe a que las ganancias patrimoniales derivadas de la desinversión se someten a tributación en Reino Unido (sede del transmitente), pero también en España, ya que así lo indica el CDI. Como ya hemos visto, en el supuesto de tenencia directa, en el que se venden los activos, la tributación en España por esas ganancias será del 25%¹². En cambio, en el supuesto de tenencia indirecta, las ganancias procederían de la venta de participaciones y, al no mediar EP, se les aplicaría un tipo impositivo del 19% (artículo 25.1.f del IRNR). Por tanto, a la hora de desinvertir en los activos, es más ventajosa, desde el punto de vista fiscal, la tenencia indirecta. Además, hay otros motivos que refuerzan la elección de la tenencia indirecta. En primer lugar, los intereses que se paguen a la matriz como consecuencia del préstamo van a ser deducibles (en un país cuyo tipo general es del 25%), y supondrán un ingreso para la sociedad británica (siendo el tipo de gravamen en el impuesto sobre sociedades británico un 18%), con lo que se obtiene globalmente un beneficio fiscal del 7%. Además, los dos primeros años que se obtenga una BI positiva en España se tributará a un 15% en vez de al 25%, por ser una entidad de nueva creación. Otra razón de peso es que la sociedad es una figura mucho más flexible y que también es más seguro operar por medio de una sociedad, ya que tiene personalidad jurídica propia y limita la responsabilidad al capital aportado, de modo que no queda comprometido el patrimonio de la sociedad UK.

¹¹ Así lo establece el artículo 8.a) de la Ley de ITP - AJD.

¹² El IRNR se remite, en su artículo 19.1, al tipo de gravamen dispuesto en el régimen general del Impuesto sobre Sociedades, que es del 25%. Esto solo se aplica a las rentas obtenidas mediante EP, como sucede en este caso, ya que de lo contrario se aplicarían los tipos impositivos previstos en el artículo 25 del IRNR.

Ahora bien, en caso de que los activos adquiridos tuviesen la consideración de bienes muebles, mi recomendación sería distinta. Cuando se trata de bienes inmuebles, es muy probable que constituyan un EP por sí mismos, de modo que entre un EP y una sociedad, considero más conveniente, por las razones contenidas en el párrafo anterior, optar por la tenencia indirecta a través de una sociedad. Sin embargo, es mucho menos habitual que unos bienes muebles constituyan un EP, con lo que su tenencia a través de una sociedad no merece la pena. Lo más ventajoso desde el punto de vista fiscal sería la tenencia directa de los bienes, ya que su titular sería en todo caso la Sociedad UK. En este supuesto, es posible que la sociedad británica tuviese que pedir un préstamo para hacer frente a la adquisición de los activos, en cuyo caso los intereses serían un gasto deducible en su impuesto sobre sociedades británico. Además, al no operar mediante EP, todas las rentas que se deriven de la actividad de dichos activos en España, solo podrán someterse a tributación en su país de residencia, que es el Reino Unido (artículo 7.1 del CDI). Por otra parte, cuando la Sociedad UK reparta dividendos a su única accionista Ñ1, estos estarán exentos en España en virtud del artículo 21 de la LIS, pues se cumplen sobradamente los tres requisitos previstos en este artículo. Finalmente, la plusvalía que pueda ocasionar la desinversión en los activos, sólo podrá someterse a tributación, al tratarse de bienes muebles, en el país en que resida el transmitente, que es el Reino Unido (artículo 13.6 del CDI).

C. Reorganización de los activos de Ñ3 para entrada de inversor

¿Qué operación de reestructuración sería recomendable llevar a cabo para que resulte de aplicación el Régimen Especial previsto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades? Mención de las cuestiones relevantes a considerar para que dicha operación sea factible y de los riesgos existentes, en su caso.

La operación que se pretende llevar a cabo para facilitar la entrada de un inversor en la actividad inmobiliaria es susceptible de generar plusvalías para Ñ3, que es la transmitente de los inmuebles. En condiciones normales, esas ganancias estarían sometidas a tributación siguiendo las normas establecidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades al respecto

(artículo 17). Sin embargo, al encontrarnos ante una operación de reestructuración, podría ser de aplicación el Régimen Especial previsto en el capítulo VII de la LIS. Este régimen posibilita el diferimiento de las rentas que se ocasionen al amparo de alguna de las operaciones previstas en el artículo 76 de la LIS. No se trata de una exención de las ganancias en sede del transmitente, sino de un diferimiento de su gravamen hasta que la entidad adquirente transmita dichos elementos a un tercero. De esta forma, no se permite que la fiscalidad suponga un desincentivo para las operaciones de reestructuración empresarial que, por otra parte, tan beneficiosas pueden resultar para sus participantes y el mercado en general.

Antes que nada, para que la operación se pueda encuadrar en el citado régimen, es necesario que encaje con alguna de las modificaciones estructurales contempladas en el artículo 76 de la LIS. Estas operaciones se toman de la legislación mercantil, concretamente de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME), que es la norma que las desarrolla en detalle. En cuanto a la escisión planteada en el enunciado, podría encajar en varias de las operaciones que describe la norma mercantil y, por extensión, la fiscal. Ateniéndonos meramente al plano mercantil, no se puede tratar de una escisión total debido a que en el presente caso la sociedad escindida no se extingue. Por tanto, podría encajar en la figura de la escisión parcial o en la de la segregación. La primera se regula en el artículo 70 de la LME, y consiste en la transmisión de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, conformando cada una de ellas una unidad económica autónoma, a otra sociedad ya existente o de nueva creación, recibiendo los socios de la escindida un número de acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria de la escisión. Además, es necesario que la sociedad escindida reduzca su capital social. En cambio, la segregación, siendo una operación prácticamente idéntica, se diferencia de la escisión parcial en que es la propia sociedad segregada quien recibe las acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria de la segregación. Y, por ello, tampoco es necesario reducir su capital social, tal y como dispone el artículo 71 de la LME.

La escisión parcial encaja con la operación descrita en el apartado 2.b) del artículo 76 de la LIS, mientras que la segregación se asemeja a la aportación no dineraria de rama de actividad contenida en el tercer apartado del mismo artículo. Volviendo al caso práctico, considero que se podría llevar a cabo cualquiera de las dos modificaciones estructurales mencionadas para que resultase de aplicación el diferimiento fiscal del régimen especial del Capítulo VII de la LIS. No obstante, y teniendo en cuenta los hechos del supuesto práctico, mi recomendación

sería optar por la segregación (mercantil) y enfocar la operación desde el prisma de la aportación de rama de actividad del apartado tres (fiscal). Creo que se ajusta mejor a las exigencias del caso y baso mi decisión en los motivos que se exponen a continuación.

Antes de ello, cabe mencionar que ambas operaciones son posibles, en parte, porque se entiende cumplido el requisito de rama de actividad. Lo exigen tanto la legislación mercantil como la fiscal, y se considera que rama de actividad es un conjunto de elementos susceptibles de constituir una unidad económica autónoma, es decir, un conjunto capaz de realizar una actividad económica y obtener ingresos por sus propios medios (artículo 76.4 de la LIS). En el caso, lo que se va a escindir es un conjunto de inmuebles, así como los contratos del personal asociado, lo cual es suficiente para desarrollar la actividad inmobiliaria del grupo. Por tanto, se entiende que lo transmitido constituye una rama de actividad y se da por cumplido este requisito.

Por otra parte, es imprescindible no perder de vista el objetivo último de esta operación de reestructuración: vender una porción de la actividad inmobiliaria del grupo, permitiendo la entrada de un inversor extranjero. Para ello, se debe realizar la operación más ágil y sencilla posible, que facilite la posterior venta de las acciones de la nueva sociedad al grupo inversor. En ese sentido, la segregación se antoja como el paso previo ideal, principalmente por dos motivos. En primer lugar, los efectos de la segregación distan de los de la escisión parcial básicamente en un único apartado: es la propia sociedad “segregada” la que recibe las acciones de la nueva sociedad, y no los socios de la escindida, como sucede en la escisión parcial. Este asunto es clave en un caso como el que nos ocupa, primero porque el propio enunciado dispone que tras la operación, tiene que ser Ñ3 quien ostente el 100% de las acciones de la nueva sociedad, y, segundo, porque esta es una sencilla forma de evitar problemas en el futuro.

Si Ñ3 es la titular de todas las acciones de la sociedad beneficiaria, se facilita enormemente la posterior venta del 40% de las mismas al fondo de inversión. Sin embargo, si se realizase una escisión parcial y las acciones fuesen a parar a los socios de la escindida, podría haber más inconvenientes a la hora de acordar la venta de esa rama de actividad. Abstrayéndonos por un momento del caso, en que la socia de Ñ3 es una única sociedad (Ñ1), y no habría problemas para vender un 40% de las acciones de la nueva sociedad, pero eso podría ser muy distinto si

los socios de Ñ3 fuesen distintas personas o sociedades. Las nuevas acciones irían a parar a ellos, y alguno se podría negar a deshacerse de sus acciones en la nueva sociedad, tirando por tierra o, al menos dificultando, la conclusión de la operación de venta. En cambio, si las acciones pasan directamente a la segregada, no habría tantos problemas, pues la venta de las mismas se votaría en Junta y, al regirse por el sistema de mayorías, la existencia de algún socio disidente sería menos perjudicial y relevante.

El segundo motivo por el que es preferible la segregación es puramente logístico; no conlleva una reducción de capital, como sucede con la escisión parcial, ya que, a cambio de deshacerse de una rama de actividad, obtiene un número de acciones como contrapartida, y no se produce una disminución patrimonial. Generalmente, la reducción de capital implica gastos notariales y debe tributar en concepto de Operaciones Societarias y Actos Jurídicos Documentados, aunque al realizarse bajo el paraguas de una operación de reestructuración, ni siquiera estará sujeta al OS (artículo 19.2 de la Ley ITP-AJD) y estará exenta por el concepto de AJD. A pesar de ello, conviene evitar reducir el capital social de una compañía, salvo que sea para compensar pérdidas o se deba a la salida de algún socio, porque es una garantía para los acreedores y un indicador de fortaleza financiera.

Antes de finalizar este apartado, es preciso abordar un concepto jurídico en ocasiones indeterminado y árido, pero cuyo análisis es imprescindible cuando se discute la aplicación del régimen especial del Capítulo VII de la LIS. Se hace mención a dicho concepto en el segundo apartado del artículo 89 de la LIS, cuando establece que *“el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”*. Es decir, que el régimen no va a resultar aplicable cuando la operación en cuestión se realice con la única finalidad de obtener un ahorro o ventaja fiscal.

Al tratarse de un concepto jurídico de difícil apreciación, ha sido la Dirección General de Tributos quién lo ha ido definiendo y acotando en los últimos años en sus respuestas a las distintas consultas. Algunas de las circunstancias que se han entendido como motivo económico válido para la aplicación del régimen especial son las siguientes: la racionalización y reestructuración de las dos actividades económicas que venía realizando un grupo

empresarial¹³, la simplificación de la estructura societaria y la reducción de costes¹⁴, la diversificación de riesgos empresariales¹⁵ o permitir la salida de un socio de una sociedad¹⁶.

En este caso, la aportación de una rama de actividad a una nueva sociedad se hace con un propósito muy claro: permitir la entrada de un nuevo inversor en el negocio inmobiliario del grupo. La segregación de la rama inmobiliaria es absolutamente necesaria porque el fondo de inversión no quiere participar en el resto de actividades del grupo, sino únicamente en la rama inmobiliaria. Una de las consultas de la DGT a las que se hacía referencia en el párrafo anterior (Nº V1616-15, de 26 de mayo de 2015) versa precisamente sobre un caso idéntico: Una sociedad que se dedica, por un lado, a la construcción y decoración de viviendas, y, por otro, a la gestión inmobiliaria, y que planea realizar una escisión total para que cada actividad sea desarrollada por una sociedad distinta. Entre los motivos que esgrimen para justificar la aplicación del Régimen Especial del Capítulo VII, además de la reestructuración y diversificación del riesgo, se encuentra que permitiría la entrada de un nuevo inversor en la actividad constructora, ya que éste no tendría interés en participar en una sociedad en cuyo patrimonio existiesen determinados activos inmobiliarios no afectos al desarrollo de la actividad constructora. La DGT, en su respuesta a esta cuestión, considera que este motivo es válido a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS.

En ese sentido, también existe numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo que avala la aplicación del régimen especial de la LIS en casos como el que nos ocupa, considerando la entrada de un nuevo inversor como un motivo económico válido y definitorio. Por ejemplo, se podría mencionar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TS 590/2017, del 27 de febrero¹⁷, que resuelve un recurso de casación interpuesto por la Administración contra una Sentencia de la Audiencia Nacional. El TS desestima el recurso, ratificando la Sentencia que había sido dictada en anterior instancia, y que daba la razón a una empresa que se había acogido al Régimen Especial en el marco de una escisión. En ella, se entiende que ha quedado demostrada *“la concurrencia de un motivo económico válido en la operación, esto es, que*

¹³ Como se desprende de la Consulta Vinculante de la DGT Nº n.º V0083-03, de 30 de septiembre de 2003.

¹⁴ Tal y como se indica en la Consulta Vinculante de la DGT Nº V1224-18, del 10 de mayo de 2018.

¹⁵ Se extrae de la Consulta Vinculante Nº V1616-15, de 26 de mayo de 2015.

¹⁶ Se señala como un motivo económico válido en la Consulta de la DGT Nº V3045-15, de 9 de octubre de 2015.

¹⁷ STS 590/2017, de 27 de febrero de 2017.

dicha operación fue diseñada y realizada con el fin de reestructurar la sociedad y reorganizar la actividad, separando ésta por ramas de actividad que se asignaron a las dos empresas resultantes de la escisión y, además, con resultados económicos positivos directamente derivados de la escisión, según se ha evidenciado con posterioridad". Además, una de las sociedades resultantes de la escisión, dedicada a la distribución de gasolinas, fue posteriormente vendida a Repsol, lo cual fue posible gracias a la escisión total realizada, pues la otra sociedad resultante tenía por objeto social la actividad hotelera e inmobiliaria.

¿Cuáles serían las consecuencias para Ñ3 de no ser aplicable dicho régimen, así como, en su caso, para su socio único Ñ1?

El régimen especial podría no ser aplicable porque la empresa en cuestión no cumple los requisitos exigidos o porque expresamente renuncia a ello. Esa opción la prevé la LIS en su artículo 89, cuando dispone que *"se entenderá que las operaciones reguladas en este capítulo aplican el régimen establecido en el mismo, salvo que expresamente se indique lo contrario"*. Por eso, aunque se presuponga la aplicación del régimen especial cuando sea posible, ello no tiene por qué ser así. En cualquier caso, la no aplicación del régimen implica la pérdida de su diferimiento fiscal, así como algunas otras consecuencias en lo relativo a tributación indirecta.

Para empezar, al aportar los inmuebles a la nueva sociedad, Ñ3 tendría que tributar en concepto de impuesto sobre sociedades por las plusvalías que se ocasionen. A pesar de que no obtenga rentas reales derivadas de la transmisión, se presume que las podría haber obtenido si vendiese dichos elementos a una entidad independiente. Resultaría de aplicación el artículo 17 de la LIS, que en su apartado cuarto establece que se valorarán por su valor de mercado, entre otros: b) los aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación, d) los transmitidos en virtud de fusión, y escisión total o parcial. En ambos casos, siempre y cuando no resulte de aplicación el régimen especial del Capítulo VII. Además, se añade que el valor de mercado será el que hubiese sido acordado por partes independientes, y que en el enunciado del caso se fija en 50 millones de euros. El apartado quinto de ese mismo artículo contiene la regla para calcular la plusvalía: *"la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor*

fiscal". En este caso, el valor fiscal de los inmuebles aportados a la nueva sociedad es de 29 millones de euros, con lo que Ñ3 deberá integrar en su BI una ganancia de 21 millones.

El régimen especial, dado que se encuentra en la propia LIS, genera efectos fundamentalmente en sede del impuesto sobre sociedades. La principal consecuencia de su no aplicación es que no se difiere el gravamen de las plusvalías obtenidas, tal y como se explica en el párrafo anterior. Además, la aportación de los inmuebles a la nueva sociedad tiene una incidencia notable en otros tributos, sobre todo de carácter indirecto.

En cuanto al IVA, la operación no va a estar sujeta y no se deberá tributar por ello. El artículo 7 de la ley del IVA establece en su apartado primero la no sujeción de las transmisiones de elementos que puedan conformar una unidad económica autónoma en el transmitente. En este caso, ya ha sido objeto de análisis dicha cuestión, concluyendo que se aporta una rama de actividad, que constituye una unidad económica autónoma, capaz de desarrollar una actividad empresarial por sus propios medios (junto a los inmuebles se aportan también los contratos del personal necesario para ello). La no sujeción al IVA operará en todos los casos, con independencia de que la operación se acoja al régimen especial o no, pues así lo recoge expresamente el apartado 1 (*"con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos"*), siendo únicamente imprescindible que los activos transmitidos constituyan una unidad económica autónoma.

Sin embargo, al no estar sujeta la operación a IVA, tenemos que ver si lo estaría al ITPO, que es un impuesto de características similares. Va a estar sujeta a este impuesto porque es una transmisión de bienes inmuebles inter vivos y, especialmente, por encajar en lo previsto por el artículo 7 de la Ley ITP-AJD en su apartado quinto: *"quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido"*. Además, es preciso recordar que el sujeto pasivo de este impuesto va a ser, en las transmisiones de bienes, el que los adquiere (artículo 8), con lo que en este caso no sería Ñ3, sino la nueva sociedad. Realmente es una cuestión de escasa trascendencia, pues al principio Ñ3 posee el 100% de las acciones de dicha sociedad, pero conviene recordar quién es el obligado tributario. De todas formas, la operación va a estar exenta en concepto de ITPO y AJD, pues resulta de plena aplicación una de las

exenciones previstas en el artículo 45 de la Ley. Concretamente, la contenida en el artículo 45.I.B.10º, que se refiere a las operaciones societarias de las que versan los apartados 1.º, 2.º y 3.º del artículo 19.2. Lo que encontramos en el apartado 1º del artículo 19.2 son todas las operaciones de reestructuración, entre las cuales se encuentra la segregación. Por tanto, operará dicha exención y no se deberá tributar en concepto de ITPO y AJD.

Por otra parte, habrá que analizar si es posible que la operación realizada, al implicar la constitución de una sociedad, estuviese sujeta al impuesto Operaciones Societarias. En ese sentido, el artículo 19.2 de la Ley ITP-AJD establece que no estarán sujetas las operaciones de reestructuración empresarial. Esta no sujeción no exige el acogimiento efectivo al régimen especial, sino que operará por el simple cumplimiento de las condiciones, tal y como sucede en este caso, que permitirían la aplicación de dicho régimen.

Por último, hay que hacer mención de un impuesto municipal que se podría devengar en caso de que no fuese aplicable el régimen contenido en el Capítulo VII de la LIS. Se trata del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, que se devenga con ocasión de la transmisión de terrenos de naturaleza urbana y cuya cuota tributaria puede alcanzar cuantías muy relevantes. Sin embargo, la disposición adicional segunda de la LIS establece que no se devengará dicho impuesto por el mero hecho de que resulte aplicable, con independencia de su efectiva aplicación, el régimen especial de diferimiento previsto en el ya mencionado Capítulo VII del Título VII de la LIS. De esa forma, en caso de no ser aplicable el régimen especial, se devengaría este impuesto de carácter municipal.

A modo de resumen, la no aplicabilidad (que no la no aplicación) del Régimen Especial por no cumplirse las condiciones para ello, tendría implicaciones muy relevantes en lo relativo al impuesto sobre sociedades y una incidencia nula en el IVA, pues seguiría estando no sujeto. En cuanto al ITPO, no operaría la exención y se debería tributar por la aportación de los inmuebles a la nueva sociedad (en sede del adquirente). Por último, en OS no operaría el supuesto de no sujeción, con lo que la operación estaría sujeta por la constitución de la nueva sociedad. Sin embargo, esta es una operación exenta (artículo 45.I.B.11º de la Ley ITP-AJD).

Tributación directa e indirecta, para transmitente y adquirente, respectivamente, de la venta del 40% de las participaciones de la sociedad de nueva creación participada por Ñ3 a una sociedad española propiedad del fondo internacional.

Como se explica en el enunciado, tras escindir los inmuebles y los contratos del personal asociado a una sociedad de nueva creación, Ñ3 decide vender el 40% de las participaciones en dicha sociedad a la filial española de un fondo internacional. Antes de comenzar con el análisis de la tributación correspondiente a esta venta de participaciones, es preciso recordar que la operación que se llevó a cabo, desde una perspectiva mercantil, fue una segregación, y que se aplicó el régimen de diferimiento fiscal previsto en el régimen especial de la LIS. Ahora, la venta de dichas participaciones supone la transmisión a un tercero de los elementos patrimoniales que ocasionaron aquella plusvalía cuyo gravamen se difirió. Eso en lo relativo a la tributación directa, puesto que la transmisión de participaciones también puede quedar sujeta a distintos tributos de imposición indirecta.

De hecho, comenzaremos con la tributación indirecta. El artículo 314 de la Ley del Mercado de Valores dispone que *“la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del IVA y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”*. No obstante, en su segundo apartado indica que no existirá exención cuando se transmitan valores con la intención de evitar el pago de los impuestos correspondientes a la transmisión de los inmuebles propiedad de la entidad que vende los valores. Además, se entiende que hay intención de eludir el pago de dichos impuestos cuando se vendan participaciones de una entidad cuyo activo esté compuesto en al menos un 50% por bienes inmuebles. En cambio, ese propio apartado establece como excepción a esa norma que los inmuebles estén afectos a una actividad empresarial, con lo que en este caso, al tratarse de una actividad inmobiliaria acreditada, no se entenderá que existe intención de eludir el pago de impuestos y será de plena aplicación la exención.

El artículo 314 de la LMV establece una exención de un modo muy genérico, pues no precisa con detalle la naturaleza de los valores, la clase de operación ni el tipo de participantes a los que se refiere. En este caso, no se trata de una operación entre particulares, sino entre sociedades mercantiles que desarrollan una actividad económica y tienen la consideración de empresarios. Por tanto, será una transmisión de derechos sujeta a IVA y no a ITPO. De todos

modos, la Ley del IVA contiene en su artículo 20.1.18º.k) una exención que va a resultar de aplicación en este caso: *“estarán exentos los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás valores no mencionados en las letras anteriores de este número”*. Esta exención beneficia a transmitente y adquirente de las participaciones, ya que no encarece su venta, pero realmente el sujeto pasivo es el transmitente, aunque el impuesto lo fuese a soportar el adquirente de los valores. Así lo establece el artículo 84.1.1º de la Ley del IVA cuando señala que el sujeto pasivo, y por tanto el obligado a ingresar el IVA en Hacienda, será el empresario que realice la entrega de bienes (participaciones).

Por su parte, el adquirente tendría que hacer frente a otro impuesto que se devengaría con ocasión de la venta de las participaciones y que es plenamente compatible con el IVA (en su cuota gradual). Este impuesto es el Actos Jurídicos Documentados, que impone un gravamen a la expedición de documentos notariales y mercantiles. Aunque la venta de participaciones sociales no sea de preceptiva inscripción en el Registro Mercantil, si es muy recomendable hacerlo. También debe formalizarse la venta en escritura ante Notario, lo cual implica la sujeción al AJD. El sujeto pasivo de este impuesto es el adquirente del bien o derecho, tal y como dispone el artículo 29 de la Ley ITP-AJD. Sin embargo, la sociedad que adquiere las participaciones no deberá hacer frente a gravamen alguno por este concepto, ya que las transmisiones de valores se encuentran exentas por el artículo 45.I.B.9º de la Ley ITP-AJD.

Al mismo tiempo, la venta de las participaciones va a generar efectos fiscales en lo que a tributación directa se refiere. La aplicación del régimen especial de la LIS en el momento de la escisión supuso el diferimiento de las plusvalías que se habían generado con ocasión de la enajenación de los inmuebles. Así lo prevé el artículo 77 de la LIS cuando señala que no se integran en la BI las rentas derivadas de las operaciones de reestructuración que se ponen de manifiesto con ocasión de la transmisión de bienes y derechos. Por otra parte, resulta de una enorme trascendencia a efectos prácticos el artículo 78, ya que dispone que los bienes, en este caso inmuebles, que se adquieren en estas operaciones conservarán, en la entidad adquirente, el mismo valor fiscal que tenían en la sociedad transmitente. Por todo ello, ahora que una parte de los bienes en cuestión van a salir del patrimonio de Ñ3, deberá tributar por las plusvalías que no se sometieron a gravamen en el momento de su generación. En ese sentido, hay que tener en cuenta que la forma en que van a ser transmitidos los bienes en su día

aportados difiere de la empleada anteriormente: realmente se va a vender una parte de la participación que otorga el control de los bienes y de la actividad inmobiliaria.

En consecuencia, tratándose de una venta de participaciones, hay que acudir al artículo 21 de la LIS, que en su apartado tres establece la exención de la ganancia que se derive de la venta de participaciones, siempre y cuando se cumplan los tres requisitos que ya han sido reiteradamente repetidos a lo largo de este trabajo. Se cumple el requisito de participación superior al 5% (es del 100%) y el de tributación efectiva, pero no el de posesión ininterrumpida de la participación durante al menos el año anterior al día de su transmisión (entendemos que se vende ese 40% justo después de segregarse la rama de actividad y que no ha transcurrido un año).

En cualquier caso, aunque fuese aplicable el artículo 21.3, esas rentas no podrían estar exentas en sede del transmitente (Ñ3), puesto que resulta de aplicación el apartado cuarto del artículo 21, que prevé especialidades para los casos en que la sociedad se hubiese acogido al régimen especial del Capítulo VII de la LIS. De ese modo, la letra A) del artículo 21.4 establece que la exención del artículo 21.3 no se extenderá a la renta diferida en la sociedad transmitente como consecuencia de la aportación de elementos patrimoniales que realizó (en este caso de una rama de actividad), cuando la participación que se venda *“hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del Capítulo VII del Título VII de esta Ley y la aplicación de dichas reglas hubiera determinado la no integración de rentas en la base imponible de este Impuesto derivadas de: 2º - La aportación no dineraria de otros elementos patrimoniales distintos a las participaciones en el capital o fondos propios de entidades”*. Esto es lo que sucede en el supuesto práctico planteado, con lo que es en este momento cuando se debe tributar por la plusvalía que se obtuvo al aportar la rama de actividad a la nueva sociedad.

Por consiguiente, habrá que calcular a cuánto ascendía la ganancia cuyo gravamen se diferió. El valor fiscal de los activos transmitidos era de 29 millones de euros, mientras que su valor de mercado en el momento de la aportación ascendía a 50 millones de euros. La plusvalía será la diferencia entre ambos valores (siguiendo las normas del artículo 17.5 de la LIS), por lo que se deberá contabilizar una ganancia de 21 millones de euros. Aún así, la sociedad Ñ3 solo vende un 40% de la participación en la nueva sociedad, con lo que se deberá prorratear esta ganancia de 21 millones. Lo que finalmente debe integrar en su Base Imponible Ñ3 será el

40% de 21M, que son 8,4 millones de euros. El resto de los inmuebles aportados, así como la actividad, le siguen perteneciendo, aunque sea de forma indirecta. Por ello, considero que solo debería tributar por la parte proporcional de los activos de los que se desprende mediante la venta de las participaciones, conservando el diferimiento fiscal del resto. De alguna forma, esa parte alícuota sigue formando parte de su patrimonio y no debería tributar por ello hasta que salga de su esfera de control.

En cuanto al adquirente, aparte de esa tributación por AJD que está exenta, poco más se puede añadir. Conviene recordar que el desembolso realizado en la adquisición de las participaciones en ningún caso podrá tener la consideración de gasto deducible, ya que no supone una variación en el patrimonio y ni siquiera representa un gasto. Es simplemente una inversión, que se ve reflejada en su balance mediante un aumento de la cuenta de participaciones en empresas, y cuya contrapartida será una disminución de la cuenta bancos (también del activo) o un aumento del pasivo si ha tenido que endeudarse para afrontar la mencionada compra. La tributación por esas participaciones sólo se producirá cuando se deshaga de ellas, y como posee una participación del 40%, si ese momento de la venta llega transcurrido un año, toda ganancia que obtenga estará exenta por el artículo 21.3 de la LIS.

D. Respecto de las filiales Ñ4 y Ñ5

Tal y como se ha indicado en el supuesto de hecho, Ñ5 prevé generar ingresos derivados de la construcción en los próximos meses. Por ello, y ante la previsión de obtener beneficios en los próximos años, se cuestiona acerca de la existencia de alguna limitación, general o específica, en la compensación de sus bases imponibles negativas.

La acumulación de bases imponibles negativas (de ahora en adelante BINS) es algo muy habitual en sociedades que han atravesado algún mal momento en el pasado, y responden a resultados negativos que se han obtenido en ejercicios anteriores. Con carácter general, las empresas tienen derecho a compensar esas bases imponibles negativas en el momento que obtengan un resultado positivo. Es decir, tiene que haber algo con qué compensarlo. Esta compensación se llevará a cabo siguiendo unas pautas y limitaciones que establece la Ley del

Impuesto sobre Sociedades en su artículo 26. En el esquema de la liquidación del impuesto sobre sociedades, las bases imponibles negativas que proceda compensar minorarán la Base Imponible previa (junto a las reducciones) y eso arrojará como resultado la Base Imponible. En términos prácticos, la compensación de BINS es realmente un beneficio fiscal que se concede a las empresas que se recuperan de unos malos resultados, ya que permiten disminuir el resultado fiscal de la sociedad y pagar una cuota menor a la que le hubiese correspondido atendiendo a los resultados del ejercicio presente.

Como ya se ha mencionado, el artículo 26.1 de la LIS permite, con carácter general, la compensación de BINS con las rentas positivas de los ejercicios siguientes con un límite del 70% de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización. A continuación, añade que en todo caso se podrán compensar BINS por importe de un millón de euros, siempre que haya un resultado positivo de las mismas características y sin atender al límite del 70% o cualquier otro que establezca la ley. Además, ya no existe el límite temporal para la compensación de BINS que existía antes (era de 18 años, pero se eliminó de la ley en 2014). Por ello, en principio no habrá inconveniente para que la sociedad Ñ5, en caso de obtener beneficios en los próximos años, compense sus BINS de los ejercicios 2013 - 2018.

A pesar de ello, la ley contempla en su artículo 26.4 una limitación que podría operar en el caso que nos ocupa, pues se aplica a las sociedades que han sido adquiridas con posterioridad a la generación de las BINS. Este apartado cuarto señala que no será posible la compensación de BINS si se cumplen estas tres circunstancias: - Que la mayoría del capital haya sido adquirido por alguna persona o entidad con posterioridad a la conclusión del período al que corresponde la BIN. - Que esa misma persona o entidad tuviese una participación inferior al 25% en el momento que terminó el período impositivo al que corresponde la BIN. - Que la entidad adquirida, en este caso Ñ5, se encuentre en alguna de estas situaciones: que no ejerciera actividad alguna en los tres meses anteriores a la adquisición, que en los dos años posteriores a la adquisición hubiese pasado a realizar una actividad distinta a la que venía desarrollando antes, que se trate de una entidad patrimonial o que la sociedad haya sido dada de baja en el índice de entidades.

Así bien, para ver si será posible la compensación de BINS en el futuro, es preciso analizar si se cumplen las condiciones descritas en el párrafo anterior. Las dos primeras circunstancias sí

se cumplen ¹⁸, ya que el capital de Ñ5 pasa a estar controlado, aunque sea indirectamente, por la sociedad holding Ñ1. Esa adquisición se produce en 2020, es decir, con posterioridad a la conclusión de todos los ejercicios en los que se generaron BINS (de 2013 a 2018). El segundo requisito también se cumple, porque Ñ1 no tenía relación ni participación alguna en Ñ5 (por tanto, inferior al 25%) en el momento que concluyeron dichos ejercicios. En cuanto a la tercera condición, es necesario que la sociedad se encuentre en alguna de las circunstancias descritas, cosa que no sucede. En primer lugar, no estuvo totalmente inactiva en los tres meses anteriores a la adquisición, ya que en el enunciado se dice que, pese a haber paralizado sus construcciones, siguió gestionando los servicios de las urbanizaciones (actividad económica que le reportó ingresos). Tampoco se ha producido un cambio en la actividad tras la adquisición por parte de Ñ1, ya que ha retomado su actividad principal y prevé obtener ingresos de ella en el futuro. Las dos últimas circunstancias del artículo 24.6.c) tampoco se cumplen, ya que no es una entidad patrimonial y tampoco se ha dado de baja en el índice de actividades. Por todo ello, no se cumplen los requisitos del artículo 26.4, y la sociedad Ñ5 sí podrá compensar sus BINS en el futuro pese a haber sido adquirida por otra sociedad con posterioridad a la conclusión de los ejercicios en que se generaron dichas BINS¹⁹.

Por otra parte, conviene señalar que el límite general del 70% para la compensación de BINS fue modificado en 2016 y se introdujeron unas especialidades que podrían resultar de aplicación en este caso. Éstas se recogen en la disposición adicional decimoquinta de la LIS y se aplican a las grandes empresas. Para los contribuyentes cuya cifra de negocios en los doce meses anteriores al inicio del período impositivo sea superior a los 20 millones de euros e inferior a los 60 millones, en vez del 70%, se les aplicará un límite máximo del 50% en la compensación de las BINS. Para aquellos contribuyentes que tengan una cifra de negocios superior a los 60 millones de euros, se aplicará un límite máximo del 25%. Estos nuevos límites, al igual que el del 70%, se refieren a la compensación de BINS con la Base Imponible positiva del ejercicio en cuestión (del 2016 en adelante). Nuestra sociedad Ñ5 compensará BINS en los próximos ejercicios, con lo que se le aplica esta disposición, dependiendo su

¹⁸ Realmente, desde un punto de vista estrictamente jurídico, estas dos primeras circunstancias tampoco se cumplen, pues durante todo el tiempo el 100% del capital de Ñ5 ha estado en manos de Ñ4. Se ha producido un cambio en la titularidad de las acciones de Ñ4, lo cual otorga indirectamente el control sobre Ñ5, pero, siendo rigurosos, no ha habido ningún cambio en quien controla el capital de Ñ5. Aún así, al no cumplirse la tercera condición, es irrelevante lo que suceda con las dos primeras, pues las BINS serán compensables en todo caso.

¹⁹ En ese sentido, son esclarecedoras, sirviendo de referencia, las consultas de la DGT N° V0416-18 (19 de febrero de 2018) y N° V3965-16 (20 de septiembre de 2016).

límite de la cifra de negocios que obtenga. Si es menos de 20M, tendrá un límite del 70% de la base imponible positiva de ese ejercicio, si es entre 20 y 60M, el límite será del 50% y si supera los 60M, tendrá un límite del 25%. Además, no hay que olvidar que en todo caso podrá compensar BINS por importe de un millón de euros.

Para concluir el apartado, considero necesario dedicar unas líneas a la posibilidad de compensar BINS en el supuesto de que Ñ5 formase parte de un grupo de consolidación fiscal con Ñ1 y Ñ4. Dado que se cumplen los requisitos para ello, es una opción que podría ser ventajosa para la sociedad holding. El artículo 67 de la LIS dispone en su apartado e) que *“las bases imponibles negativas de cualquier entidad pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal podrán ser compensadas en la base imponible de este, con el límite del 70 por ciento de la base imponible individual de la propia entidad”*. Por tanto, se podrían compensar las bases imponibles negativas pese a la hipotética integración de Ñ5 en el grupo fiscal con posterioridad a la generación de dichas BINS, pero lo que no se puede hacer es compensarlas con la base imponible del grupo, sino que habrán de ser compensadas, respetando el límite del 70% (ó del 25% ó 50%), con la base imponible individual de la propia sociedad que arrastra las BINS.

Explicación de la tributación en IRPF, para los empleados de Ñ5, del plan de opciones sobre las participaciones de Ñ4. 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. Asimismo, mención y explicación de los beneficios fiscales, en su caso, que puedan resultar de aplicación en el referido Impuesto.

La empresa Ñ5 ha concedido a sus 23 empleados un plan de opciones intransmisibles sobre participaciones de su matriz Ñ4. Estas opciones son ejercitables en 2023, siendo el precio un 90% de su valor de mercado en ese momento, o bien en el año 2024, siendo su precio el 85% de su valor de mercado en ese instante. La mera concesión de opciones sobre participaciones no supone un rendimiento, pues no existe retribución alguna hasta que dicha opción es ejercitada y se adquieren las participaciones a un precio inferior al de mercado. Por tanto, existirá retribución efectiva en 2023 por la diferencia entre el valor de mercado o cotización de las participaciones y el precio al que las adquieran los empleados (el rendimiento será ese

10% de margen que obtienen), de la misma forma que en 2024 el rendimiento será el 15% de diferencia que exista entre ambos conceptos. Se trata de unos rendimientos del trabajo en especie, puesto que esa diferencia del 10 ó 15% que obtengan se deberá a su condición de trabajadores del grupo, y deberán tributar por ella.

En caso de ejercitar las opciones cuando se llegue al momento estipulado, la eventual retribución que obtengan los trabajadores tendrá la consideración de rendimiento en especie, porque no es dineraria y se manifiesta con la concesión de derechos a un precio inferior al de mercado. En el momento que se ejerciten las opciones, ya sea 2023 ó 2024, se tributará por el concepto de entrega de participaciones a trabajadores, que se regula en el artículo 42.3.f) de la Ley del IRPF, y establece una exención, desarrollada reglamentariamente, de las acciones o participaciones que una empresa conceda a sus trabajadores hasta el límite de 12.000 euros anuales por empleado. Para la aplicación de dicha exención se deben cumplir los tres requisitos que contiene el artículo 43 del Reglamento del IRPF: (i) que la oferta se realice en las mismas condiciones a todos los empleados de la empresa, (ii) que ningún trabajador tenga una participación en la sociedad superior al 5%, y (iii) que los títulos se mantengan durante al menos tres años. De la lectura del enunciado se desprende el cumplimiento de todos estos requisitos, ya que se expresa claramente que se ofrece a sus 23 empleados y que, por ese mismo motivo, la participación de cada uno no podrá ser superior, en ningún caso, al 4,35% (es 100/23). De todas formas, la empresa no va a otorgar opciones sobre todas sus participaciones, sino sobre un pequeño porcentaje, que se distribuirán todos sus empleados. Además, los empleados que ejerzan sus opciones, deberán mantenerlas durante tres años para poder aplicar la exención mencionada.

Como ya se ha dicho, la exención asciende a 12.000 euros anuales, de modo que si la diferencia entre el valor de mercado y el precio de adquisición (que será un 90% del valor de mercado), en el año 2023, es inferior a esos 12.000 euros, el rendimiento íntegro estará exento. Si, en cambio, ese margen del 10% asciende a, por ejemplo, 15.000 euros, solo estarán exentos 12.000, y se deberá tributar por los 3.000 de diferencia. Asimismo, existe un beneficio fiscal muy relevante que podría ser de aplicación a este caso, siempre y cuando se ejerciten las opciones, y que se encuentra regulado en el artículo 18 de la Ley del IRPF. Se denomina reducción por rendimientos irregulares, y procede su aplicación cuando el rendimiento en cuestión tenga un periodo de generación superior a los dos años. La cuantía de

la reducción es del 30% del rendimiento, con el límite de 300.000 euros (esta cifra alude al rendimiento máximo sobre el que se aplicará la reducción).

Siguiendo el ejemplo anterior, a esos hipotéticos 3.000 euros de rendimiento (de los 15.000 iniciales, la parte que excede los 12.000 de exención) se les aplicaría una reducción del 30%, de forma que se tributaría solo por 2.100 euros. En mi opinión, se podría aplicar esta reducción porque las opciones se conceden en 2020 y son ejercitables en 2023 ó 2024, con lo que la renta que en su día se obtenga habrá tenido un período de generación de tres o cuatro años. Aunque no exista un rendimiento en 2020, ya se sabe con certeza que lo habrá al cabo de unos años, pues ello solo depende del ejercicio de una opción que ha pasado a ser propiedad de los trabajadores.

Por último, es obligado finalizar la contestación a la pregunta añadiendo que estos rendimientos del trabajo, aunque sean en especie, se integrarán en la Renta General (artículo 45 de la Ley del IRPF) de los trabajadores que efectivamente ejerciten sus opciones de compra en el momento de presentar la declaración del IRPF.

E. Eliminación del derecho de crédito que SUI tiene frente a Ñ6

Explicación razonada de qué opción es más recomendable desde una perspectiva fiscal meramente española, (i) la condonación o (ii) la capitalización / aportación a fondos propios del derecho de crédito.

La sociedad SUI acaba de adquirir el 100% de las participaciones de la sociedad española Ñ6 y, además, ha adquirido por un euro un derecho de crédito contra dicha sociedad, ahora su filial, cuyo valor nominal era de 30 millones de euros. Debido a la mala situación que atraviesa Ñ6 en la actualidad, SUI ha decidido eliminar de su activo el derecho de crédito que tiene, y dispone de varias alternativas para ello. Antes de comenzar con el análisis de las opciones que SUI tiene a su disposición, hay que aclarar que en su activo figura un derecho de crédito por un euro, que es el precio que pagó, y no por 30 millones de euros, que tan sólo es su valor nominal. La sociedad que le vendió ese derecho de crédito posiblemente se lo

deterioró de forma íntegra, lo cual pudo ser fiscalmente deducible para dicha sociedad ²⁰. En cualquier caso, si ese deterioro no fue fiscalmente deducible al principio (por ser prestamista y prestatario entidades vinculadas - artículo 13.1.2º de la LIS), la sociedad prestamista se hizo un ajuste negativo al transmitir el crédito por 1 euro a un tercero. Aún así, la filial Ñ6 sigue teniendo una deuda, que figura en su pasivo, por valor de 30 millones de euros.

El primer mecanismo del que dispone SUI para eliminar el derecho de crédito de su activo es condonarle la deuda a su filial. Es el negocio por el cual una persona determinada perdona una deuda a otra, y se regula en los artículos 1.187 - 1.191 del Código Civil. La condonación se asemeja a una donación y, por ello, su perfeccionamiento está sometido a una serie de requisitos legales, entre los cuales destaca la necesidad de que sea aceptada por el donatario, que en este caso es Ñ6. La condonación y sus efectos fiscales no se encuentran regulados en la Ley del Impuesto sobre Sociedades ni en ninguna otra norma fiscal, por lo que ha sido el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) quien ha ido aclarando en diversas consultas el tratamiento contable y fiscal que se le debe otorgar²¹.

En cuanto a su tratamiento contable, en la sociedad que condona la deuda, es decir, SUI, se elimina el derecho de crédito por valor de un euro que figuraba en su activo, y la contrapartida será un incremento (de un euro) del valor de su participación en la sociedad Ñ6, que es otra cuenta perteneciente al activo no corriente. Por otro lado, en la sociedad dependiente, se eliminará la deuda de 30 millones de euros de su pasivo, y la contrapartida que se registrará será: una aportación de socios de un euro, que es una cuenta de Patrimonio Neto, así como un ingreso por la diferencia en la cuenta de pérdidas y ganancias, que ascenderá a 29.999.999 euros. Esto se debe a que SUI adquirió el derecho de crédito con descuento y que la aportación de socios debe coincidir con el aumento del valor de la participación que se registra en la sociedad SUI ²².

²⁰ Sería fiscalmente deducible el deterioro del crédito si se cumplía alguna de las cuatro circunstancias previstas en el artículo 13.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

²¹ En ese sentido, conviene destacar las consultas 4 y 5 del BOICAC número 79, de septiembre de 2009 y, especialmente, la consulta 4 del BOICAC 89, de marzo de 2012.

²² Esto se toma del trabajo de José Martínez Paños y David López Pombo; “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* (2014), pp. 11-12.

En lo que a las implicaciones fiscales se refiere, la LIS establece que la Base Imponible se obtiene partiendo del resultado contable (corregido por los ajustes extracontables que en su caso correspondan) y no hace referencia alguna al tratamiento fiscal que se le debe dar a la condonación de créditos, con lo que, en principio, dependerá del contable. En la sociedad SUI tan sólo se produce un movimiento en el activo, sin que haya una alteración patrimonial, con lo que, al no existir ingresos, no deberá tributar por nada. En cambio, en la sociedad Ñ6 sí se registra un resultado positivo de 29.999.999 con ocasión de la condonación, que no se corregirán mediante ajuste extracontable de ningún tipo y se integrarán en la base imponible. Por tanto, será un ingreso por el que Ñ6 deberá tributar en el impuesto sobre sociedades.

Además del Impuesto sobre Sociedades, la condonación genera efectos que alcanzan a otros tributos. Es el caso del impuesto Operaciones Societarias, ya que la aportación de socios, aunque tan solo sea de un euro, se encuentra sujeta a dicho impuesto. Así lo establece el artículo 19.1.2º de la Ley ITP-AJD, cuando expresa que estarán sujetas *“las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social”*. En este caso, el sujeto pasivo será la propia sociedad que recibe la aportación, y no los socios que la efectúan²³, con lo que la obligación tributaria surgirá para Ñ6. Sin embargo, la operación estará exenta, pues encaja con una de las circunstancias previstas por la mencionada ley en su artículo 45.1.B.11: estarán exentas *“la constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado (...)”*. Por tanto, al tratarse de una operación sujeta y exenta, Ñ6 no deberá tributar en concepto de OS.

La otra alternativa que tiene a su disposición SUI es la capitalización del crédito. La legislación mercantil prevé el aumento de capital por compensación de créditos, y cabe mencionar que, al tratarse del capital de una sociedad y su enorme relevancia frente a terceros, es una operación que requiere de unas formalidades y requisitos legales más estrictos que la condonación. Se regula en el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital y, entre las exigencias previstas, cabe resaltar que es necesario que los créditos a compensar sean totalmente líquidos y exigibles ²⁴. En este supuesto, aunque no se indique nada, vamos a suponer que el crédito ya ha vencido y es exigible por parte de SUI.

²³ Así lo indica el artículo 23.a) de la Ley ITO-AJD.

²⁴ En la SA se exige que tan sólo un 25% de los créditos sean líquidos, vencidos y exigibles (artículo 301.1 LSC)

La Ley del Impuesto sobre Sociedades, a diferencia de lo sucedido con la condonación, sí contempla en su artículo 17.2 la capitalización de créditos: *“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”*. Aunque este precepto pueda adolecer de cierta ambigüedad, ha sido admitida la interpretación de que el aumento de capital en la entidad prestataria debe realizarse, no por el valor razonable del crédito (normalmente inferior a su valor nominal), sino por el mismo importe del pasivo que se da de baja. Es decir, al cancelarse un pasivo de 30 millones de euros en Ñ6, también se estaría registrando una ampliación de capital de 30 millones. De ese modo, no habría diferencia entre el pasivo cancelado y el importe del aumento de capital, con lo que no se generaría un ingreso tributable en la sociedad deudora ²⁵.

A pesar de ello, existiría un ingreso en la accionista de Ñ6 que capitaliza el crédito, que es SUI, ya que lo ha adquirido con descuento y está registrado en su activo con valor de un euro. Esta ha sido la postura de la DGT en diversas consultas, como la N° V0264- 17, de 1 de febrero de 2017 ó la N° V0133-17, de 23 de enero de 2017. La primera de ellas se refiere a una situación idéntica a la del presente caso, y en ella se concluye que la deudora debe ampliar capital por el importe del pasivo que cancela, mientras que la acreedora *“integrará en su base imponible la diferencia entre el importe del aumento de capital o fondos propios, en la proporción que le corresponda, y el valor fiscal del crédito capitalizado”*. La sociedad SUI tiene registrado un derecho de crédito por valor de un euro, pero el valor de su participación en Ñ6, como consecuencia del aumento de capital, se incrementa en 30 millones de euros, de modo que, en aplicación del artículo 17.5 de la LIS, deberá contabilizar un ingreso por la diferencia (29.999.999 euros). Este ingreso estará sujeto a tributación en el impuesto sobre sociedades de la sociedad SUI, que se devenga en Suiza.

La capitalización también estará sujeta al impuesto Operaciones Societarias, igual que sucedía con la condonación. El aumento de capital está sujeto en virtud del artículo 19.1.1° de la Ley ITP-AJD, y el obligado tributario será la sociedad que aumenta su capital, es decir, Ñ6. Sin embargo, la operación queda exenta por el artículo 45.1.B.11 de la mencionada ley.

²⁵ La interpretación contenida en este párrafo es la realizada por David López Pombo en *“Tratamiento fiscal de los beneficios fiscales derivados de quitas, esperas, conversiones y homologaciones”*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n° 45, 2017, pp. 62-63.

Antes de finalizar el apartado, hay que decantarse por la opción más ventajosa de las dos que se han explicado. La tributación es similar en ambas modalidades, aunque considero que es más atractiva y ventajosa la opción de la capitalización. Ello se debe a que en la capitalización es la sociedad SUI quien registra el ingreso y quien deberá tributar por ese concepto, mientras que en la condonación debe hacerlo la filial Ñ6, que se encuentra en una situación de liquidez mucho más delicada, con lo que es posible que no disponga de los fondos para hacer frente a una cuota tributaria que se presupone muy elevada. En cambio, SUI disfruta de una situación financiera más sólida y, además, es residente fiscal en Suiza, dónde el tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades es tan sólo del 8,5%²⁶, en contraste con el 25% español.

En caso de optar por esta última opción ¿cuál sería la alternativa elegida (i.e. capitalización, aportación de socios -cuenta 118-, etc.)? Por favor, explicad implicaciones en ambos casos y el porqué de la elección.

La capitalización ya ha sido explicada en el apartado anterior; se produce una ampliación de capital en Ñ6 por el mismo importe del pasivo que se cancela, es decir, 30 millones de euros. No se registra ingreso alguno en esta sociedad, tal y como se indicaba en la consulta vinculante de la DGT Nº V0264- 17, de 1 de febrero de 2017. En cambio, la matriz SUI, que elimina el derecho de crédito de 1 euro y en contrapartida registra un incremento del valor de su participación de 30 millones, deberá, a su vez, contabilizar un ingreso de 29.999.999 euros.

La aportación de socios (cuenta 118) tiene un tratamiento contable muy similar, aunque difiere en la fiscalidad. Al igual que el capital social, es una cuenta de patrimonio neto en la medida en que lo aportado por el socio no será exigible ni retribuido, pues de lo contrario se trataría de un pasivo. Es una operación que precisa de menos requisitos y formalidades que el aumento de capital, ya que no se debe realizar en escritura pública y tampoco se inscribe en el Registro Mercantil, con lo que es mucho más rápido y menos costoso. En vez de capitalizar el crédito, SUI realiza una aportación de socios en Ñ6, por el mismo importe que el pasivo que se da de baja en dicha filial (30 millones). Por su parte, la sociedad SUI eliminará el derecho de crédito y, a cambio, registrará un incremento del valor de sus participaciones en Ñ6 de 30

²⁶ Sin perjuicio de que los distintos cantones puedan elevar ligeramente ese tipo impositivo federal.

millones de euros. Al igual que sucedía en la capitalización, la diferencia constituirá un ingreso en SUI, que se integrará en su Cuenta de pérdidas y ganancias. Sin embargo, la gran diferencia redonda en un diferimiento fiscal de ese ingreso para SUI, con lo que no deberá tributar por ello hasta que se deshaga de sus participaciones en Ñ6.

Por tanto, se eliminaría ese ingreso de 29.999.999 de la Base Imponible mediante un ajuste fiscal negativo de carácter temporal, pues tendrá que revertirlo, realizando el pertinente ajuste positivo, en el momento en que venda dichas participaciones. De esa forma, no tributará por la aportación de socios realizada para compensar el crédito y tendrá registradas las participaciones por 30 millones. Así, si en un futuro las vende obteniendo una ganancia determinada, deberá realizar un ajuste positivo de 29.999.999 euros y tributar por la renta que pudo diferirse en el pasado.

Asimismo, la aportación de socios, como sucedía con la capitalización, estará sujeta al impuesto Operaciones Societarias en virtud del artículo 19.1.1º de la Ley ITP-AJD, y el obligado tributario será la sociedad que recibe la aportación, es decir, Ñ6. Sin embargo, la operación queda exenta por el artículo 45.1.B.11 de la mencionada ley.

Por todo lo explicado, creo que la aportación de socios sería una operación más aconsejable. Su tributación a largo plazo será idéntica, pero al menos se difiere al momento en que SUI transmita sus participaciones en Ñ6, lo cual supone una ventaja de tesorería muy considerable en el futuro más inmediato. De este modo, no existe una penalización o desincentivo fiscal para compensar el crédito que SUI tenía contra su filial Ñ6.

F. Donación de la nuda propiedad de la participación de Don A a sus hijos, B y C

Teniendo en cuenta que el valor de mercado de la participación de Don A en Ñ1 es de 150 millones de euros, mientras que su valor de adquisición, en el año 1987, fue de 100.000 euros, tributación que se derivaría como consecuencia de la donación planteada, tanto para el donante como para los donatarios. En particular, mención de aquellos beneficios fiscales que fueran aplicables (tanto estatales, como autonómicas) y, en su caso, recomendaciones para el supuesto de que alguno de ellos no lo fuera con los antecedentes planteados.

En la donación que don A efectúa de sus participaciones en Ñ1 en favor de sus dos hijos, se producen varios hechos imposables que serán gravados por distintos tributos. Al tratarse de una donación, estará sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Los sujetos pasivos de este impuesto son los donatarios, es decir, don B y don C. Por otra parte, el donante obtiene una plusvalía muy relevante con esta operación, que será gravada en IRPF, ya que constituye una renta de la persona física. Por tanto, los donatarios están sujetos al ISD y el donante al IRPF por la plusvalía que le genera la donación.

En lo relativo al ISD, en el artículo 9 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se establece que en las donaciones y demás transmisiones inter vivos, constituye la Base Imponible del impuesto “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 fueren deducibles”. En el presente caso, el valor neto de los bienes transmitidos es de 150 millones de euros. Realmente es de 75 millones de euros para cada donatario, puesto que son dos hermanos los beneficiarios. Por ello, la Base Imponible será, al menos de momento, de 150 millones de euros (en verdad es solo de 75M, pues se hace la de cada hermano por separado).

No obstante, existen ciertas reducciones que se le practican a la base imponible, y como resultado de ello se obtendrá la base liquidable del impuesto. Entre todas las reducciones contempladas en la ley en su artículo 20, hay una que resulta de aplicación para la donación efectuada por don A. Se trata de la reducción prevista en el apartado 6 del artículo 20, que permite una reducción del 95% en la base imponible cuando se trate de *“transmisiones de participaciones "inter vivos", en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio”*.

Para la aplicación de esta sustanciosa reducción se deben cumplir una serie de requisitos: en primer lugar, que el donante tenga más de 65 años. Este requisito se cumple sobradamente, puesto que el enunciado dice que don A tiene ya 67 años. El segundo requisito que exige la ley es que, si el donante viniere ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercerlas y también de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones. Don A es administrador de la sociedad Ñ1 y, además, ejerce funciones directivas actualmente, por las

cuales obtiene una remuneración. Sin embargo, para dar por cumplido este requisito podría pasar a ser simplemente consejero de la sociedad o incluso ostentar el puesto de consejero delegado, que, a diferencia del de director general, no tiene la consideración de relación laboral y no tiene por qué ser retribuido. El puesto de consejero delegado es muy similar, pero exige un contrato mercantil y no laboral, y no hace falta obtener una remuneración por ejercerlo. Es decir, puede ser gratuito. No obstante, debe estar contemplado en los estatutos de la sociedad y tiene que existir un contrato en el que se pacten las condiciones del cargo, tal y como exige el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital: *“Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión”*.

En cuanto al tercer requisito exigido por el artículo 20.6, éste hace referencia a la obligatoriedad de que el donatario mantenga las participaciones adquiridas y tenga derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación. Suponemos que los dos hijos, que son los donatarios, mantendrán durante al menos 10 años las participaciones transmitidas por su padre. Este punto nos dirige al artículo 4.8 de la Ley del Impuesto del patrimonio, y tendremos que comprobar si es de aplicación la exención que en él se regula. En el punto dos del apartado ocho se incluye, entre los bienes que disfrutan del derecho a la exención, la plena propiedad, nuda propiedad y usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades. Para que eso sea así, se deben cumplir nuevamente varios requisitos, que pasamos a analizar a continuación: primero, que la entidad no tenga como actividad principal la mera gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. En este caso, Ñ1 es una sociedad holding que no gestiona un patrimonio de esas características, sino que gestiona las diversas actividades empresariales que realizan sus sociedades filiales. Por ejemplo, hay sociedades que se dedican a operar una concesión portuaria (GAB), al sector de las telecomunicaciones (UK), a la formación universitaria (Ñ3) o a la construcción (Ñ5). Por tanto, al realizar actividades empresariales más allá de la gestión de un patrimonio, se entiende por cumplido este primer requisito.

Asímismo, es imprescindible que la participación de los sujetos pasivos, en este caso los donatarios, en el capital de la entidad sea de al menos el 5% si se computa individualmente o del 20% si se hace conjuntamente con algún familiar (se incluyen los colaterales de segundo grado, es decir, los hermanos). Por tanto, esta condición también se cumple en el caso que está siendo objeto de análisis, puesto que cada uno de los hermanos tendrá una participación del 50% en el capital de la sociedad Ñ1, y si se computa conjuntamente asciende al 100%.

Por último, para aplicar la exención es necesario que *“el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal”*. Esta condición se cumple solo en uno de los hermanos, don C, que, además de ser consejero, ejerce funciones de dirección y se dedica en exclusiva al negocio familiar, obteniendo rendimientos por ello. En cambio, su hermano, don B, compagina su función de administrador con una actividad profesional fuera del grupo familiar (es abogado). Por ello, en principio no cumpliría este último requisito para la aplicación de la exención a su parte de la donación (75 millones de euros). Sin embargo, la ley establece en su párrafo siguiente que cuando la participación en la sociedad sea conjunta con algún descendiente, ascendiente, cónyuge o colateral de segundo grado (como sucede en este caso), *“las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán de cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención”*. Por tanto, es suficiente con que este último requisito se cumpla en uno de los hermanos, aunque la exención se aplique a ambos, ya que la participación es conjunta con un familiar y supera el 20% del capital social.

Para finalizar la tributación de los donatarios falta presentar la estructura del ISD y calcular, con los datos aportados, cual sería la cuota que les correspondería ingresar a cada uno de ellos. Como la donación que reciben es la misma (participaciones por valor de 75 millones de euros) y sus circunstancias personales también son idénticas a efectos del cálculo de la cuota, solo será necesario realizar los cálculos una vez.

La Base Imponible es de 75 millones (así lo establece el artículo 9 de la Ley del ISD).

Procede la aplicación de la reducción del 95% prevista en el artículo 20.6 de la Ley del ISD.

La Base Liquidable es de 3.750.000 euros (75M x 0,05).

La tarifa que corresponde aplicar es del 34%, puesto que la Base Liquidable de la donación es superior a los 798.817,20 euros. Aún así, a los primeros 798.817,20 euros de base liquidable les corresponde una cuota íntegra de 199.604 euros. Al resto (3.750.000 - 798.817,20 = 2.951.182) se le aplica una tarifa del 34%, cuyo resultado será 1.003.402 euros. A esta cantidad le tenemos que sumar los 199.604 euros, lo cual supone una cuota íntegra total de 1.203.006 euros. Estas cantidades se obtienen de la tabla contenida en el artículo 23 del 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.

A la cuota íntegra se le tiene que aplicar el coeficiente multiplicador del artículo 22 de la Ley del ISD (que en el tramo que nos interesa coincide con la del artículo 24 del Decreto de la Comunidad de Madrid). Al tratarse de una transmisión a descendientes de más de 21 años, se incluyen dentro del grupo II. En cuanto al patrimonio preexistente de los donatarios, sabemos que ambos ya tienen el 25% de las participaciones de la entidad Ñ1. En el enunciado se dice que la participación del padre, siendo del 50%, tiene un valor de 150 millones de euros, con lo que podemos concluir que cada uno de los hijos tiene un patrimonio preexistente mínimo de 75 millones de euros (luego habría que añadir viviendas, coches y demás activos que se desconocen). En cualquier caso, esa información es suficiente para saber que su patrimonio es superior a los 4 millones de euros, con lo que se les debe aplicar un coeficiente multiplicador de 1,2. Por tanto, Cuota tributaria = Cuota íntegra x Coeficiente multiplicador. Cuota tributaria = 1.203.006 x 1,20 ; Cuota Tributaria = 1.443.607,20 euros.

Por último, se deben aplicar las deducciones y bonificaciones correspondientes. En la Comunidad de Madrid existe una bonificación muy relevante, regulada en el artículo 25.2 del Decreto Legislativo 1/2010 de la Comunidad de Madrid. Esta bonificación para adquisiciones inter vivos es del 99% de la cuota tributaria y su único requisito es que la donación se formalice en documento público. Por ello, la cantidad a pagar final sería: 1.443.607,20 x (1 - 0,99) = 14.436,07 euros.

Cada uno de los hermanos deberá ingresar en Hacienda 14.436,07 euros en concepto de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Por otra parte, debe analizarse la tributación que le correspondería al donante, es decir, al padre, por donar a sus hijos las participaciones que tiene en la entidad Ñ1. Adquirió esas participaciones en el año 1987 por 100.000 euros y su valor de transmisión en 2020 es de 150 millones de euros. Aunque no las venda, sino que se trate de una donación, se presume que existe una ganancia patrimonial. La propia ley del IRPF en su artículo 33 establece que será ganancia patrimonial toda *“variación en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél”*. En el caso que nos ocupa, la plusvalía es enorme, puesto que será el resultado de restarle al valor de transmisión (150 millones de euros) el valor de adquisición (100.000 euros), y eso serán 149.900.000 euros. En principio, esa será la ganancia patrimonial por la que deberá tributar don A. Sin embargo, el artículo 33.3 de la ley del IRPF dispone en su apartado c) que se estimará que no existe ganancia cuando se deba a transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Como ya se ha analizado antes, esta donación encaja con la prevista en el artículo 20.6 de la ya mencionada ley, con lo que no existirá ganancia patrimonial a efectos del IRPF y don A no deberá tributar por ello.

4. CONCLUSIONES

Tras finalizar el análisis de las distintas opciones de tributación para cada una de las operaciones que se han planteado a lo largo del supuesto de hecho, resulta obligado exponer algunas conclusiones genéricas que se han alcanzado tras dicho estudio.

En primer lugar, y desde una perspectiva puramente empresarial, es preciso subrayar, o incluso reivindicar, la enorme incidencia que tiene la tributación en la actividad empresarial cotidiana. Desde el punto de vista interno de cualquier empresa, los impuestos representan uno de los mayores gastos, sino el mayor, a los que tienen que hacer frente en el desarrollo de su actividad. De esa forma, la fiscalidad condiciona sobremanera la toma de decisiones y el devenir de cualquier empresa.

Por otra parte, con el análisis de algunas de las operaciones, se ha hecho visible la influencia tan negativa que tiene el afán recaudatorio sobre la fiscalidad. En casos como el reparto de dividendos o una donación, se puede observar nítidamente la doble, e incluso triple, imposición que existe en nuestro país. No es ético imponer que una misma renta tribute dos o tres veces, haciéndola pasar por el filtro de distintos tributos, ya que su intención redistributiva original alcanza cotas expropiatorias.

Por último, creo conveniente mencionar el inmenso efecto desincentivador, así como incentivador en el escenario inverso, que puede ejercer la fiscalidad sobre las distintas operaciones y la actividad empresarial en su conjunto. Si un determinado negocio jurídico lleva aparejado una elevada tributación, se estará desincentivando optar por dicha opción para la consecución de un resultado determinado, del mismo modo que una baja tributación atraerá a los distintos agentes que operan en la economía. Por ello, un sistema fiscal invasivo y desmedido supone un freno a la realización de múltiples negocios y operaciones que tanta prosperidad proporciona a sus participantes.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1 Bibliografía especializada

Álvarez Barbeito, P.: “Efectos fiscales de la condonación de créditos deteriorados”, *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, 2017.

García-Olías Jiménez, C.: “El concepto tributario de Establecimiento Permanente”, en *Libro Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011.

López Pombo, D.: “Tratamiento fiscal de los beneficios fiscales derivados de quitas, esperas, conversiones y homologaciones”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 45, 2017.

Martínez Paños, J. y López Pombo, D.: “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*, 2014.

Pons, P.: “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*, nº 39, 2015.

Viana Barral, V. y De la Puente, F.: “La Tributación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de la transmisión de negocios inmobiliarios”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 20, 2008.

5.2 Legislación

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

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

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

Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

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

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

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 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 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

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

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.

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, hechos 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.

5.3 Jurisprudencia y Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos

Sentencia del Tribunal Supremo 590/2017, de 27 de febrero de 2017

Consulta Vinculante N° V0256/2016, de 25 de enero de 2016.

Consulta Vinculante N° V2215-14, de 8 de agosto de 2014.

Consulta Vinculante N° V2613-20, de 31 de julio de 2020.

Consulta Vinculante N° V3110-15, de 16 de octubre de 2015.

Consulta Vinculante N° V0083-03, de 30 de septiembre de 2003.

Consulta Vinculante N° V1224-18, de 10 de mayo de 2018.

Consulta Vinculante N° V1616-15, de 26 de mayo de 2015.

Consulta Vinculante N° V3045-15, de 9 de octubre de 2015.

Consulta Vinculante N° V0416-18, de 19 de febrero de 2018.

Consulta Vinculante N° V3965-16, de 20 de septiembre de 2016.

Consulta Vinculante N° V0264- 17, de 1 de febrero de 2017

Consulta Vinculante N° V0133-17, de 23 de enero de 2017.

Consulta Vinculante N° V0191-14.