



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A
LA ABOGACÍA**

ESPECIALIDAD DERECHO TRIBUTARIO

2019 / 2021

Autor: PILAR ZURERA JALÓN

Tutor: RAÚL SALAS LÚCIA

ÍNDICE.

<i>I.- ABREVIATURAS.....</i>	<i>2</i>
<i>II.- INTRODUCCIÓN: SUPUESTO DE HECHO.....</i>	<i>4</i>
<i>III.- CUESTIONES A ANALIZAR</i>	<i>8</i>
<i>1. Respecto de Ñ2, GAB y CHI.....</i>	<i>8</i>
<i>2. En el caso de la filial de UK</i>	<i>20</i>
<i>3. Reorganización de los activos de Ñ3 para entrada de inversor.....</i>	<i>31</i>
<i>4. Ñ4 y Ñ5</i>	<i>40</i>
<i>5. Eliminación del derecho de crédito que SUI tiene frente a Ñ6.....</i>	<i>46</i>
<i>6. Donación de la nuda propiedad de la participación de Don A a sus hijos, B y C</i>	<i>52</i>
<i>IV.- BIBLIOGRAFÍA.....</i>	<i>57</i>

I.- ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
BINs	Bases Imponibles Negativas.
CDI	Convenio para evitar la Doble Imposición.
CV	Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos.
DGT	Dirección General de Tributos.
IIVTNU	Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
IS	Impuesto sobre Sociedades.
ITP-AJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
LIP	Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.
LIRNR	Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
LIRPF	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.
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
LIVA	Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
OS	Operaciones Societarias.

Párr.	Párrafo.
PGC	Plan General Contable.
RIRPF	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.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLITPAJD	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.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

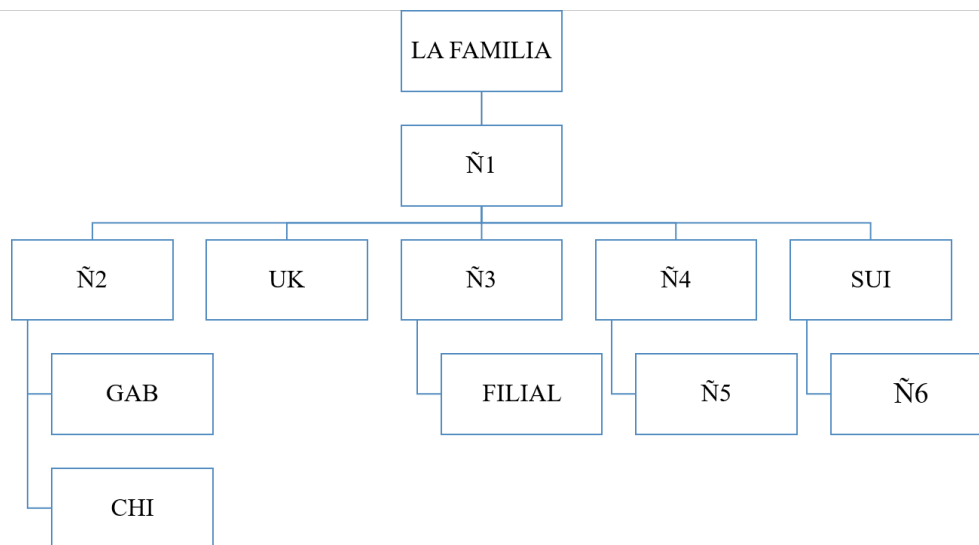
II.- INTRODUCCIÓN: SUPUESTO DE HECHO

El objetivo principal del trabajo en cuestión es el estudio de las distintas operaciones e implicaciones fiscales que se originan como consecuencia de la reorganización de activos y de las operaciones de reestructuración de un grupo familiar (la “Familia”).

La Familia es un grupo multinacional cuya sociedad holding denominada Ñ1, residente fiscal en España, se sitúa como cabecera del mismo siendo su objeto social la gestión de las entidades en las que participa.

Asimismo, los socios de Ñ1 son Don A y sus dos hijos B y C, los cuales poseen el 100% de las acciones quedando la estructura simplificada del grupo de la siguiente forma: 50% el padre y el 50% restante los hijos a partes iguales.

Para un mejor entendimiento, se expone a continuación un gráfico donde se muestra la estructura del grupo:



Con respecto a la administración de Ñ1, todos ellos ejercen el cargo de administrador. Don A y su hijo C se ocupan plenamente de forma exclusiva de la empresa familiar, recibiendo por ello una serie de rendimientos, pese a que B se dedica a la abogacía y ejerce su actividad profesional al margen del negocio familiar.

Como consecuencia de la avanzada edad del padre y debido a la posible modificación de la norma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, este considera la posibilidad de

transmitir la nuda propiedad de sus acciones a sus hijos de forma equitativa, aunque esto no suponga cesar en las funciones de dirección que ha estado llevando a cabo hasta ahora.

Como hemos expuesto anteriormente, Ñ1 es residente fiscal en territorio español y participa en otras sociedades, tanto españolas como extranjeras, teniendo como actividad fundamental la gestión de las mismas.

Por otro lado, Ñ2 es una sub-holding española, que posee el 100% del accionariado de dos filiales, GAB y CHI. Estas dos últimas son entidades no residentes que vienen ejerciendo labores de gestión de infraestructuras en Gabón y Chile respectivamente.

En relación con la participación en GAB, esta fue adquirida en enero del año 2010 y opera desde ese momento una concesión en el puerto de Libreville. Posteriormente, se firmó un acuerdo fiscal con el Estado de Gabón en el año 2017 mediante el cual se le concedía a GAB una exención fiscal en impuestos directos, indirectos y locales aplicable hasta el día de hoy.

La sub-holding española Ñ2 se está planteado vender en el ejercicio 2020 todas las participaciones que tiene en la sociedad gabonesa, no habiendo repartido nunca esta última dividendo alguno y acumulando unas reservas que ascienden a 34 millones de euros, así como unas plusvalías tácitas correspondientes a un conjunto de activos que alcanzan los 20 millones de euros. El detalle de los beneficios de cada ejercicio se expone en el siguiente resumen:

Beneficios	
Año	Plusvalía
2010	2.000.000
2011	2.000.000
2012	2.000.000
2013	3.000.000
2014	4.000.000
2015	3.000.000
2016	3.000.000
2017	5.000.000
2018	5.000.000
2019	5.000.000

Con respecto a la sociedad CHI, fue constituida en el año 2019 y se propone en la actualidad repartir un dividendo de 3 millones de euros a Ñ2, su socio único.

Asimismo, el grupo posee una filial en UK que reside en Reino Unido, dedicándose esta al sector de las telecomunicaciones. Por ello, se está evaluando adquirir un conjunto de activos que se sitúan en territorio español y que son propiedad de una empresa española, pudiendo ser calificados como muebles o inmuebles ya que tienen un componente concesional.

En cuanto a Ñ3, su actividad se centra en la formación universitaria y de post-grado. Debido a ello, tiene un activo que se compone de elementos patrimoniales fundamentales para llevar a cabo los cursos pertinentes, como pueden ser inmuebles donde se imparten las clases, además de destinarlos al arrendamiento a otras entidades del grupo. Tanto la gestión como el mantenimiento de estos, se efectúa mediante medios humanos y materiales que se utilizan de manera exclusiva para ello.

En relación con la actividad inmobiliaria, un fondo de inversión ha mostrado su interés por coinvertir mediante una filial española limitándose exclusivamente a la tenencia de los activos inmobiliarios, (ascendiendo su valor fiscal en sede Ñ3 a 29 millones de euros y siendo su valor de mercado 50 millones de euros) y a la actividad que se realiza en los mismos.

Por ello, los responsables de Ñ3 han expuesto a la Familia la opción de separar estos inmuebles y aportarlos, además de los contratos del personal encargado de la actividad inmobiliaria, a una empresa de nueva constitución residente en España, poseyendo Ñ3 la totalidad de las participaciones. Posteriormente, tras la aportación de los inmuebles a la sociedad de nueva constitución, Ñ3 vendería el 40% de las participaciones de esta a una filial española del fondo internacional.

Por otro lado, se encuentra Ñ4 que es socia única de Ñ5, dedicándose esta a la actividad inmobiliaria. Sin embargo, debido a la crisis de la burbuja inmobiliaria del 2008, Ñ5 tuvo grandes pérdidas desde el 2013 hasta el año 2018, obteniendo por ello bases imponibles negativas de 17 millones de euros.

Ñ5 ha reanudado su actividad hace unos meses y pretende tener ingresos como consecuencia de la venta de las nuevas viviendas, junto con los ingresos provenientes de

los servicios comunitarios de esas urbanizaciones, actividad que, si ha aportado ingresos a lo largo de todos estos años a la sociedad, aunque poco relevantes.

Finalmente, se ha ofrecido por parte de Ñ5 un plan de incentivos a sus empleados que se basa en la concesión de opciones intransmisibles sobre las participaciones de Ñ4, siendo otorgadas estas en 2020 y pudiendo ejercitarlas en los ejercicios 2023 y 2024. El precio de la opción en el 2023 será de un 90% del valor de mercado de las participaciones y en 2024 de un 85%.

Y, por último, nos encontramos con la filial SUI la cual tiene como objeto social la comercialización de productos veterinarios. Además, SUI adquirió todas las participaciones de Ñ6 y un derecho de crédito frente a Ñ6 por importe de 1 euro, como consecuencia del deterioro de dicho crédito.

Debido a la falta de liquidez de Ñ6, SUI quiere eliminar el derecho de crédito que tiene con esta, planteándose la posibilidad de condonarlo o aportarlo a los fondos propios de Ñ6.

III.- CUESTIONES A ANALIZAR

1. Respecto de Ñ2, GAB y CHI

- a. **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 de transmisión es de 95 millones de euros.**

Como sabemos, las sociedades españolas son contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, “IS”), y en concreto en el art. 10 de la Ley 27/2014, de 27 de septiembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, la “LIS”), se consagra que *“la base imponible estará constituida por el importe de la renta obtenida en el período impositivo minorada por la compensación de bases imponibles negativas de períodos impositivos anteriores”*. Asimismo, esta base imponible se obtendrá a través del método de estimación directa, mediante el cual se corregirá el resultado contable conforme a las disposiciones de la LIS.

Volviendo a nuestro supuesto y ante la posibilidad de una doble imposición internacional, la base imponible será el resultado de la diferencia entre el valor de transmisión de esa participación (95 millones de euros) y el valor de adquisición de la misma (35 millones de euros), ascendiendo por tanto este valor a 60 millones de euros.

Establecido lo anterior, la LIS en su art. 21 determina expresamente la exención de rentas que derivan de la transmisión de valores que representan los fondos propios tanto de entidades residentes como no residentes en territorio español. Para ello, se deben de cumplir una serie de requisitos, siendo estos los siguientes:

“Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) *Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros.*

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya

o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo [...].

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

En el caso de la participación de Ñ2 en GAB, se entiende cumplido el requisito del porcentaje mínimo del 5% al tener esta la totalidad del paquete accionario, además de poseerlo de forma ininterrumpida durante el año anterior. Además, con respecto a la sujeción a un impuesto extranjero de naturaleza similar al IS y con un tipo mínimo del 10%, la LIS nos exige esta obligación al tratarse de una filial no residente en territorio español. De acuerdo con el apartado b) del art. 21, se cumple este requisito cuando la sociedad en la que se tenga dicha participación resida en un país con el que España tenga un Convenio de Doble Imposición (en adelante, “**CDI**”). Adicionalmente, este último requisito debe de cumplirse en todos los ejercicios, y en el supuesto de que no fuese así la exención se aplicará a las rentas que se originen en los periodos impositivos en los que se cumpla dicha condición.

Sin embargo, aunque en la actualidad no existe un CDI entre España y el Estado de Gabón, las sociedades residentes en este último país se hayan sujetas a un impuesto de naturaleza análoga al IS que alcanza el 30%¹. Por tanto, a primera vista, sí entendemos cumplida también esta última condición de la tributación mínima, por lo que será aplicable a nuestro supuesto la exención estipulada en el art. 21 de la LIS para la venta de las participaciones de GAB, en tanto en cuanto se posee una participación superior al 5% de los fondos propios además de cumplir el requisito del tipo mínimo.

¹ Instituto de Comercio Exterior. Red de Oficinas Económicas y Comerciales de España en el Exterior: <https://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/invertir-en/regimen-fiscal/index.html?idPais=GA#1>

A pesar de ello, en el año 2017 se firmó un acuerdo fiscal con el Estado de Gabón a través del cual se le otorgaba a GAB hasta el día de hoy una amplia exención en tributación directa, indirecta e impuestos locales. Siguiendo la literalidad del art. 21.1.b) de la LIS, la sociedad tiene que estar sujeta y no exenta a un impuesto análogo al IS, aunque posteriormente menciona que con independencia de si se aplica alguna clase de exención, bonificación, reducción o deducción. Es decir, puede parecer que hay cierta contradicción en la norma ya que en la primera remisión niega la exención en la sociedad española en los supuestos en los que la sociedad cuyas participaciones se enajenan tiene derecho a una exención subjetiva (se otorga en función del sujeto pasivo) en dicho Estado de residencia; y por otro lado, en la segunda referencia se hace alusión a una exención objetiva otorgada a aquellas actividades que por el hecho de encontrarse recogidas en el hecho imponible gozan de esa exención.

Por ello, entendemos que, según la redacción del enunciado de nuestro caso, GAB tendrá derecho a una exención de carácter subjetivo debido al acuerdo fiscal firmado exclusivamente con la entidad, y no derivarse esta como consecuencia de una norma que la reconoce por el hecho de desarrollar una actividad que da derecho a esa exención. En definitiva, como desde el año 2010 hasta el 2016 inclusive son los ejercicios en los cuales el pacto fiscal no estaba aún en vigor entendemos que se cumplirán todos los requisitos del art. 21 de la LIS, excluyendo los comprendidos entre el 2017 y el 2019.

De igual forma, como hemos comentado, el requisito del tipo mínimo del 10% se tiene que haber cumplido en todos los ejercicios en los cuales se hayan poseído las participaciones. Si esto no fuese así y se incumple dicha condición, se aplican las siguientes reglas conforme a lo establecido en el art. 21.4 de la LIS:

- Tiene derecho a la exención la parte de la ganancia que corresponda a reservas ocasionadas en los ejercicios en los cuales se cumplió la disposición de la tributación mínima, sin aplicación de exención alguna al resto de la ganancia.
- Respecto a las plusvalías tácitas y el fondo de comercio, se le aplica la anterior norma. En el supuesto de que se desconozcan las plusvalías en cada ejercicio, el reparto será lineal.

Asimismo, nos gustaría mencionar la deducción para evitar la doble imposición jurídica establecida en el art. 31.1 de la LIS aplicable a la parte de la renta que no tiene derecho a la exención, según el cual:

1. Cuando en la base imponible del contribuyente se integren rentas positivas obtenidas y gravadas en el extranjero, se deducirá de la cuota íntegra la menor de las dos cantidades siguientes:

a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón del gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto.

No se deducirán los impuestos no pagados en virtud de exención, bonificación o cualquier otro beneficio fiscal.

Siendo de aplicación un convenio para evitar la doble imposición, la deducción no podrá exceder del impuesto que corresponda según aquél.

b) El importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorio español.

A pesar de ello, este artículo no se aplicará en nuestro caso ya que no estamos ante una doble imposición jurídica, sino económica pues una misma renta se grava por dos impuestos (Gabón y España).

Finalmente, para abordar la cuantificación de la tributación directa derivada de la venta de la participación de Ñ2 en GAB, partiremos de una forma práctica para su cálculo.

En primer lugar, cabe mencionar que nos centraremos en la exención de los ejercicios comprendidos entre 2010 y 2016 ya que como hemos mencionado anteriormente entre el 2017 y el 2019 GAB ha tenido una amplia exención subjetiva.

De acuerdo con lo anterior, la renta positiva derivada de la transmisión de participaciones se encuentra condicionada por los beneficios acumulados que no se han distribuido a lo largo del tiempo y que aparecen reflejados en las reservas de los fondos propios de la entidad, así como las plusvalías implícitas o tácitas que se atribuyen a determinados elementos que se encuentran integrados en el balance de dicha sociedad de la que se participa. En nuestro supuesto, al no precisarse las plusvalías que se imputan a cada ejercicio se repartirán de forma lineal.

A continuación, se expone un cuadro en el cual se muestran las reservas que se consideran exentas por cumplir los requisitos expuestos en el art. 21.1 de la LIS:

Exención	
Año	Reservas
2010	2.000.000
2011	2.000.000
2012	2.000.000
2013	3.000.000
2014	4.000.000
2015	3.000.000
2016	3.000.000
Total	19.000.000

Por tanto, de los 60 millones de euros que se consideran beneficios de la venta de las participaciones, 34 millones de euros son beneficios generados y no distribuidos, de los cuales estarán exentos 19 millones de euros correspondientes a los ejercicios comprendidos entre 2010 y 2016. Sin embargo, los 15 millones restantes quedarán fuera del ámbito de esta debido a la exención subjetiva que hemos explicado anteriormente.

Asimismo, según el enunciado, de los 26 millones de euros sobrantes, 20 millones se vinculan con las plusvalías tácitas que se generan de forma lineal, estando exenta la proporción relacionada con los años en los que se cumplan todos los requisitos. Debido a esto, si del total de los 34 millones de euros de beneficios generados y no distribuidos, 19 millones satisfacen dichas condiciones, la proporción de exención de esos 20 millones de euros ascenderá a 11.176.470,60 euros², excluyendo de esa exención e integrándose en la base imponible la cantidad de 8.823.529,41 euros³.

En relación con la ganancia patrimonial restante, esta renta alcanza los 6 millones de euros y siendo desde nuestro punto de vista nuevamente una plusvalía tácita pues no se precisa en el caso. En conclusión, y aplicando el porcentaje de 55,88% por el cual se goza de exención, de esos 6 millones de euros, 3.352.941,18 euros estarán exentos y

² Cálculo exención plusvalías tácitas: $19.000.000/34.000.000 = 55,88\% * 20.000.000 = 11.176.470,60$

³ Cálculo plusvalías tácitas no exentas = $20.000.000 - 11.176.471 = 8.823.529,41$

2.647.058,82 de euros se incluirán en la base imponible, ascendiendo la cuantía total que se integra en la misma y por la que se tributará a 26.470.588,23 de euros⁴.

Conforme a esto, podemos concluir que debido a que desde el año 2017 al 2019 se tenía derecho a una exención bastante amplia entendemos que en Gabón no se ha hecho frente a ningún impuesto, por lo que no se aplicaría el método de exención en dichos periodos.

b. 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 primer lugar, estudiaremos las implicaciones tributarias y la cuantificación de la carga impositiva que tiene que soportar Ñ2 como consecuencia del reparto del dividendo por CHI.

Como sabemos, los CDI gravan exclusivamente los impuestos directos, confirmando al mismo tiempo la potestad del Estado de residencia pues el Estado de la fuente no tendrá la potestad exclusiva para gravar la renta, o bien ratificar la potestad de ambos Estados. En conclusión, el fin último es paliar o eludir la doble imposición jurídica.

En línea con lo anterior, nos remitiremos al CDI firmado entre España y Chile⁵, en concreto a su art. 10.2 el cual estipula que:

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

⁴ Cálculo renta a integrar base imponible: $8.823.529,41 + 2.647.058,82 + 15.000.000 = 26470.588,23$

⁵ 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 su Protocolo, hecho en Madrid el 7 de julio de 2003. (BOE de 2 de febrero de 2004)
https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/BOE_Chile.pdf

- a) 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee directa o indirectamente al menos el 20 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos;*
- b) 10 por ciento del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos. Este párrafo no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los que se pagan los dividendos. Las disposiciones de este párrafo no limitarán la aplicación del impuesto adicional a pagar en Chile en la medida que el impuesto de primera categoría sea deducible contra el impuesto adicional.”*

Por tanto, con esto vemos que existe un gravamen máximo por parte de Chile del 5% aplicable a los dividendos que se reparten, debiendo poseer Ñ2 al menos un 20% del capital de CHI.

Siguiendo con el análisis de las implicaciones del reparto de dividendos, es en el art. 22.1.iii) de este CDI donde se establece la forma de eliminación de la doble imposición que se deriva de la distribución de dividendos, empleando para ello la deducción del impuesto sobre la renta pagada por la sociedad que reparte los dividendos, es decir, CHI.

De acuerdo con lo anterior, nos referiremos a los artículos 21 y 32 de la LIS los cuales hacen alusión, respectivamente, a las condiciones necesarias para aplicar el método de exención y deducción sobre los dividendos. De acuerdo con la exención, estas rentas no se integrarían en la base imponible del impuesto de la entidad que las recibe tributando exclusivamente en la sede de la sociedad que las genera, es decir, CHI. Sin embargo, el funcionamiento del método de imputación o deducción es diferente pues Ñ2 integraría las rentas por obligación personal pudiéndose deducir de la cuota íntegra la menor entre el importe efectivamente satisfecho en el extranjero derivado de un impuesto análogo al IS, y el importe que se habría pagado en España si se hubiesen percibido dichas rentas en este territorio.

En relación con el método de exención, entendemos que Ñ2 tiene el 100% de las participaciones de CHI cumpliendo el porcentaje mínimo del 5%. Asimismo, el art. 21 exige que dicha participación se haya mantenido durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se va a distribuir, por lo que al poseerse desde noviembre del

2019 se entenderá cumplido ese requisito en función de cuando se reparta el dividendo, es decir, si se repartiese por ejemplo en diciembre del 2020 se cumpliría dicha condición.

Además, se cumple el requisito de la tributación mínima del 10% pues existe un CDI firmado entre España y Chile en el cuál se recoge de forma expresa la cláusula de intercambio de información (art. 25 CDI). En concreto, a partir del 2018 el Impuesto de Primera Categoría en Chile es del 27%⁶ y en nuestro supuesto, este tributo que grava la renta procedente de los dividendos habrá sido ya pagado en Chile.

Continuando con el análisis de las consecuencias tributarias, haremos alusión al art. 31.1 LIS para la deducción en la cuota de la menor de las dos siguientes cuantías, en el supuesto de la doble imposición jurídica:

“a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón del gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto.

No se deducirán los impuestos no pagados en virtud de exención, bonificación o cualquier otro beneficio fiscal.

Siendo de aplicación un convenio para evitar la doble imposición, la deducción no podrá exceder del impuesto que corresponda según aquél.

b) El importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorio español”.

Por otro lado, el art. 32 LIS cual los requisitos necesarios para evitar la doble imposición económica internacional y que las rentas internacionales puedan estar sujetas al método de deducción o imputación.

“1. Cuando en la base imponible se computen dividendos o participaciones en beneficios pagados por una entidad no residente en territorio español, se deducirá el impuesto efectivamente pagado por esta última respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos, en la cuantía correspondiente de tales dividendos, siempre que dicha cuantía se incluya en la base imponible del

⁶“Impuestos en América Latina”: <https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/20161026-tributario.pdf>

contribuyente. Para la aplicación de esta deducción será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) *Que la participación directa o indirecta en el capital de la entidad no residente sea, al menos, del 5 por ciento, o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros.*
- b) *Que la participación se hubiera poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.”*

Para abarcar al mismo tiempo el método más adecuado a nuestro caso para evitar la doble imposición y la cuantificación de la carga impositiva que tendría que soportar Ñ2, lo haremos de forma ejemplificativa.

En primer lugar, entendemos que según la redacción del enunciado el impuesto correspondiente a la distribución del dividendo ha sido ya pagado en Chile, aunque no ha sido sometido aún a retención.

Por ello, calcularemos la retención soportada por la percepción de dividendos o “withholding tax”. Siguiendo lo expuesto en el Convenio de Doble Imposición firmado entre ambos países, se podrá practicar por parte del Estado de la fuente una retención máxima del 5% como consecuencia de la obtención de dividendos sobre la renta neta, es decir, $(3.000.000 \times 5\%) = 150.000$ euros. Debido a esto, Ñ2 contabilizará un ingreso de 2.850.000 de euros, procediendo a efectuar un ajuste positivo de 150.000 euros, además del relacionado con el art. 32 de 1.109.589,04 de euros⁷, es decir, la cuantía que se llega a pagar como consecuencia del reparto de dividendos es 1.259.589,04 de euros⁸.

⁷ Cálculo doble imposición económica: $3.000.000 / (1 - 0,27) = 4.109.589,04 - 3.000.000 = 1.109.589,04$

⁸ Cálculo total impuestos: $1.109.589,04 + 150.000 = 1.259.589,04$

En definitiva, la base imponible de Ñ2 resultaría en una cantidad de 4.109.589,04 de euros, debiendo multiplicarla por el tipo de gravamen español al 25% y siendo la cuota íntegra de 1.207.397,26 de euros.

De igual forma, en el art. 31.1 de la LIS se puntualiza que se podrá deducir la menor de las siguientes cantidades en el supuesto de la doble imposición jurídica; la cantidad efectivamente satisfecha como consecuencia de la aplicación de un impuesto análogo al IS o bien, el impuesto que se debería ingresar en territorio español.

Como podemos observar el impuesto español es menor que el chileno, por lo que se podrá deducir exclusivamente lo que se habría pagado en España de haberse generado la renta en territorio español (1.207.397,26 de euros). Por tanto, habrá una parte del total de impuestos que han sido pagados en Chile que no se podrá deducir.

En relación con el segundo apartado del art. 31, el impuesto que se ha pagado en el extranjero y que no se ha podido deducir en la cuota íntegra por el límite mencionado en su apartado primero, tendrá la consideración de gasto deducible. A pesar de ello, el importe pagado en Chile es de 150.000 euros por lo que no habrá exceso de gasto deducible.

Con todo esto, concluimos que los efectos de la exención y la deducción en nuestro caso no son los mismos. Por tanto, y en relación con lo explicado en los párrafos precedentes, nuestra recomendación es aplicar el método de exención pues es más beneficioso para no incurrir en la doble imposición de los dividendos.

Finalmente, analizaremos la liquidación del pago fraccionado del IS conforme a la modalidad de base y cuando debería repartirse dicho dividendo.

Como sabemos, la modalidad para determinar los pagos fraccionados en función de la base imponible del ejercicio es opcional, pero es obligatoria para aquellas sociedades cuyo Importe Neto de la Cifra de Negocios (en adelante, “INCN”) es superior a 6 millones de euros. El pago fraccionado se obtiene de la base imponible de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural, del cual se deducen bonificaciones, retenciones e ingresos a cuenta efectuados, al igual que los pagos fraccionados que se hayan realizado.

Los tipos aplicables para calcular el importe del pago fraccionado varían en función del INCN durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicie el periodo impositivo,

siendo el porcentaje a aplicar redondeado por defecto de 5/7 si dicha cifra de negocios no supera los 10 millones de euros, es decir, el 17%, o bien, un porcentaje redondeado por exceso de 19/20 si supera los 10 millones de euros, es decir, un tipo del 24%.

En relación con lo anterior, el pasado 21 de abril del 2020 se aprobó el Real Decreto-ley 15/2020⁹, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en el cual se introduce una opción extraordinaria por la modalidad de pagos fraccionados establecida en el art. 40.3 de la LIS. Según esta novedad tributaria, aquellos contribuyentes cuyo INCN en los doce meses anteriores al inicio del periodo impositivo no supera los 6 millones de euros pueden optar para el segundo y tercer pago fraccionado por la modalidad de base en el plazo del segundo pago fraccionado, es decir, hasta el 20 de octubre.

Esta modalidad que se introduce como opción para el contribuyente, se caracteriza por realizar el cálculo del segundo y tercer pago fraccionado sobre la base imponible correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 30 de septiembre del 2020, en lugar de efectuarlo sobre la del ejercicio 2019. Por tanto, se calcularán ambos pagos en función de la cuenta de pérdidas y ganancias del 2020, la cual seguramente esté afectada por las consecuencias económicas acarreadas por la COVID-19.

Asumiendo que Ñ2 tuviese un INCN que no supera los 6 millones de euros y que no se acogió el primer pago fraccionado del 2020 a esta modalidad, ese dividendo podría ser repartido entre el 1 de abril y el 30 de septiembre pues la situación económica de Ñ2 posiblemente se haya visto perjudicada por la crisis del 2020, provocando esto que la base imponible de la empresa sea inferior en comparación con otros periodos impositivos y resultando en un desembolso menor del pago fraccionado correspondiente. Asimismo, el pago fraccionado realizado en los 20 días naturales de abril de 2020 se deducirá de la cuota del resto de pagos fraccionados.

A pesar de lo anterior, como hemos podido observar Ñ2 obtiene un resultado contable de 60 millones de euros con la venta de las participaciones de GAB con lo que se puede intuir que su resultado contable es superior a 10 millones de euros.

⁹ Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4554-consolidado.pdf>

Por tanto, si todos los pagos fraccionados del ejercicio hubiesen estado sujetos a la modalidad de bases y acogiéndose a la Disposición Adicional Decimocuarta, opinamos que lo más beneficioso es repartir dicho dividendo en el mes de diciembre pues es el único mes que no entra dentro del cómputo de los pagos fraccionados, es decir, no se tendrían que efectuar anticipos a la Administración y se evitarían los correspondientes ajustes negativos que se realizarían posteriormente, conllevando esto a un gasto menor. De igual forma, si se aplaza el reparto de estos dividendos hasta diciembre se entienden cumplidos todos los requisitos del art. 21.1.a) y en concreto, la condición del tiempo de tenencia.

2. En el caso de la filial de UK

- a. **Implicaciones en materia de tributación indirecta (IVA e ITP-AJD) derivada de la adquisición de los activos, contemplando todos los escenarios posibles. Fundamentalmente que se califiquen como bienes inmuebles o muebles, y en ambos casos que constituyan unidad económica autónoma o no.**

En primer lugar, haremos un acercamiento al hecho imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, “IVA”) y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, “ITP-AJD”), así como la incompatibilidad entre ambos tributos.

En virtud del art. 7.4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, la “LIVA”), se dispone que el hecho imponible del impuesto lo conforman las entregas de bienes y prestaciones de servicios en el territorio de aplicación del impuesto, efectuadas onerosamente por empresarios o profesionales de forma habitual u ocasional, en el marco del ejercicio de su actividad empresarial además de abarcar las que se realizan a favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades. Asimismo, en el párr. 2 de este mismo artículo se define que:

“2. Debe entenderse por empresario o profesional a quien desarrolle una actividad de esta naturaleza; según se desprende del artículo 5.Uno de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se reputarán empresarios o profesionales:

- a) Las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de este artículo.*

No obstante, no tendrán la consideración de empresarios o profesionales quienes realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito, sin perjuicio de lo establecido en la letra siguiente.

- b) Las sociedades mercantiles, salvo prueba en contrario.*
- c) Quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.”*

Con respecto al ITP-AJD, su hecho imponible se define en el art. 7 del 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 (en adelante, “**TRLITPAJD**”), abarcándose:

- a) *“Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.*
- b) *La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos.”*

Por otro lado, expondremos a continuación todos los escenarios posibles para la calificación de los activos (muebles o inmuebles) como Unidad Económica Autónoma (en adelante, “**UEA**”) o no, así como las consecuencias fiscales en materia de tributación indirecta por la entrega de esos activos por parte de la entidad española a la filial de UK.

- a) Adquisición de bienes inmuebles que constituyan o no UEA

Siguiendo la literalidad del art. 7.1 de la LIVA, no está sujeta a este impuesto la transmisión de un conjunto de elementos, ya sean corporales o incorporales, que formen una UEA en el transmitente, es decir, que pueda desempeñar una actividad empresarial a través de sus propios medios. Para ello, es necesario lo expuesto a continuación:

- Transferir los elementos tangibles e intangibles que puedan actuar autónomamente, además del personal.
- Los bienes tendrán que estar afectos a una actividad empresarial del sujeto que transmite.
- El sujeto adquirente deberá probar el propósito de mantener afectos los bienes que se adquieren a una actividad profesional. Si se llega a demostrar la afectación, la transmisión estaría no sujeta, y en el supuesto de que posteriormente se desafecten los bienes, sí que se encontraría la desafectación sujeta al impuesto.

Por tanto, en el supuesto de que nuestro caso se trate de una transmisión global del patrimonio empresarial y de que se constituya una UEA, estaría no sujeta al IVA¹⁰ y quedaría sujeta al concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (en adelante, “TPO”) del ITP-AJD en virtud del art. 7.5 del Texto Refundido de la Ley de este impuesto¹¹.

Por otro lado, y siguiendo lo explicado anteriormente, nos encontraremos sujetos al IVA y no se constituirá una UEA, cuando se de alguno de los siguientes supuestos:

- Que se cedan exclusivamente los bienes.
- La transmisión por parte de un empresario de bienes o prestaciones de servicios con el fin de explotar un bien corporal o incorporal para adquirir ingresos, y con el único objetivo de ceder los bienes.
- Y finalmente, las entregas realizadas por un empresario para la ejecución de construcciones, operaciones de urbanización, promoción o rehabilitación, de forma ocasional, con la finalidad de destinarlas a la venta, adjudicación o cesión a cualquier título.

Por ello, el motivo por el que se excluye de la no sujeción la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial es que no se constituye como una UEA, es decir, se trata de una sociedad que no tiene capacidad para funcionar de forma autónoma. Por tanto, si la transmisión de los inmuebles no se constituyese como UEA susceptible de funcionamiento autónomo estaría sujeta al IVA, y no a la modalidad de TPO¹².

Asimismo, cabe mencionar la exención del art. 20.Uno.22º de la LIVA relacionada con las segundas y posteriores entregas de edificaciones. Para ello, es relevante encuadrar lo que se considera como edificación en el marco del IVA y en concreto en el art. 6 de la LIVA se expone que:

“1. A los efectos de este impuesto, se considerarán edificaciones las construcciones unidas permanentemente al suelo o a otros inmuebles, efectuadas

¹⁰ Consulta V2488-17, de 4 de octubre:

https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2488-17

¹¹ Art. 7.5 del TRLITPAJD.

¹² Consulta V2741-19, de 8 de octubre:

https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2741-19

tanto sobre la superficie como en el subsuelo, que sean susceptibles de utilización autónoma e independiente.

2. En particular, tendrán la consideración de edificaciones las construcciones que a continuación se relacionan, siempre que estén unidas a un inmueble de una manera fija, de suerte que no puedan separarse de él sin quebranto de la materia ni deterioro del objeto:

- a) Los edificios, considerándose como tales toda construcción permanente, separada e independiente, concebida para ser utilizada como vivienda o para servir al desarrollo de una actividad económica.*
- b) Las instalaciones industriales no habitables, tales como diques, tanques o cargaderos.*
- c) Las plataformas para exploración y explotación de hidrocarburos.*
- d) Los puertos, aeropuertos y mercados.*
- e) Las instalaciones de recreo y deportivas que no sean accesorias de otras edificaciones.*
- f) Los caminos, canales de navegación, líneas de ferrocarril, carreteras, autopistas y demás vías de comunicación terrestres o fluviales, así como los puentes o viaductos y túneles relativos a las mismas.*
- g) Las instalaciones fijas de transporte por cable.”*

Por tanto, a simple vista si nos encontrásemos en nuestro caso ante una segunda o ulterior entrega podría acogerse a la exención. A pesar de ello, la Ley de este tributo igualmente hace referencia a la renuncia a dicha exención¹³ si dicho sujeto pasivo es un empresario o profesional que se pueda deducir total o parcialmente el IVA que se soporta al efectuar la transacción o cuando los bienes se empleen para operaciones que otorguen derecho a la deducción, es decir, se podrá renunciar si no constituyen los inmuebles una UEA.

En consonancia con lo analizado en los párrafos precedentes, si finalmente se acoge el sujeto pasivo a la exención, se tributaría por la variante de TPO del ITP-AJD y se aplicaría la regla especial del artículo 7.5 TRLITPAJD.

¹³ Art. 20.Dos de la LIVA.

Con respecto a la modalidad de AJD del ITP-AJD, si dichos bienes inmuebles se consideran como UEA o se acogen a la exención del IVA mencionada anteriormente, aunque se documente la operación en escritura pública no se aplica la cuota variable del Documento Notarial por la incompatibilidad con el TPO¹⁴.

Desde nuestro punto de vista, lo conveniente sería que se renunciase a la exención si no constituyen los inmuebles una UEA y tributar a través del IVA pues puede llegar a deducírsele y no estaría sujeto por TPO, es decir, la tributación es menor. Sin embargo es relevante mencionar que en muchas Comunidades Autónomas la cuota de la modalidad de AJD para el otorgamiento de escritura pública aumenta en los casos de renuncia a la exención del IVA.

De igual forma, nos gustaría puntualizar que por el hecho de tener un componente concesional dichos inmuebles, no hace que si está sujeta a IVA dicha operación deje de estarlo¹⁵.

b) Adquisición de bienes muebles que constituyan o no UEA

En relación con los bienes muebles, y para no resultar repetitivo, constituye un caso similar a lo que ocurre con los bienes inmuebles, explicado anteriormente. Según la conocida sentencia “*Christel Schriever*” del 10 de noviembre de 2011, la cual matiza lo dispuesto en el caso “*Zita Modes Sàrl*”, para que una transmisión se considere no sujeta a la luz del art. 19 de la Directiva 2006/112/CE (antiguo art. 5.8 de la Sexta Directiva) es requisito imprescindible que el conjunto de activos transmitidos, ya sean muebles o inmuebles, constituyan una UEA y que estén afectos a una actividad empresarial. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “**TJUE**”) precisa que puede darse la situación de que una actividad económica carezca de bienes inmuebles y únicamente se transmitan bienes muebles, pudiendo constituir los mismos una UEA y estar no sujetas al IVA¹⁶.

¹⁴ Art. 31.2 del TRLITPAJD.

¹⁵ Consulta V2621-13, de 7 de agosto:

https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2621-13

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Segunda de 10 de noviembre 2011. Asunto C-444/10: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=113587&text=&dir=&doclang=ES&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=18610322

Por tanto, al igual que sucedía con la transmisión de bienes inmuebles, dependiendo de si los bienes muebles constituyen una UEA capaz de desarrollar una actividad empresarial por sus propios medios o no, estará sujeta al IVA o no. Sin embargo, no quedaría tampoco sujeta al concepto de TPO del ITP-AJD en virtud del art. 7.5 del Texto Refundido de la Ley de este impuesto¹⁷ si se tratase de una UEA, pues se trata de una operación efectuada por un profesional en el ejercicio de su actividad empresarial, es decir, no se le aplica la excepción de este precepto debido a la naturaleza mobiliaria de los bienes transmitidos.

De igual forma, el tributo del AJD si se formaliza la operación en escritura pública no se aplicaría la cuota variable del Documento Notarial debido al carácter mobiliario de los bienes, pues no se cumplen los requisitos del art. 31.2 del TRLITPAJD.

Finalmente, haciendo la suposición de que se trata de una entrega intracomunitaria de bienes de España hacia UK por encontrarnos actualmente en un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre, nos ceñiremos a la exención del art. 25 de la LIVA según el cual *“las entregas de bienes definidas en el artículo 8 de esta Ley, expedidos o transportados, por el vendedor, por el adquirente o por un tercero en nombre y por cuenta de cualquiera de los anteriores, al territorio de otro Estado miembro, siempre que el adquirente sea un empresario o profesional o una persona jurídica que no actúe como tal, que disponga de un número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido asignado por un Estado miembro distinto del Reino de España, que haya comunicado dicho número de identificación fiscal al vendedor”*.

Por ello, si la operación se encontrase sujeta al IVA y los bienes no se explotasen en territorio español, es decir, se transportasen a UK estaría exenta por tratarse de una entrega intracomunitaria de bienes y siempre que se cumplan los requisitos expuestos anteriormente. En consecuencia, la filial de UK se auto-repercutirá y se deducirá el IVA correspondiente, emitiendo la sociedad española factura sin IVA.

¹⁷ Art. 7.5 del TRLITPAJD.

- b. 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 (estructura, flujos de inversión inicial, rentas para su mantenimiento y desinversión en un plazo de 10 años). ¿Recomendarías la misma estructura de inversión en caso de que los activos se calificaran como bienes muebles o inmuebles?**

En primer lugar, nos centraremos en la estructura de inversión que podría llevar a cabo la sociedad de UK. En nuestro caso se nos dan dos escenarios posibles; por un lado, la adquisición a través de la constitución de una sociedad o bien, la inversión directa en España.

En relación con la constitución ordinaria de una sociedad, la filial de UK podría optar por establecer una Sociedad Anónima o una Sociedad de Responsabilidad Limitada, entre otras, la cual tributaría en España como filial por las rentas generadas, con independencia de donde se generen, al tipo impositivo del 25% del IS (dos primeros años al 15% por el tipo reducido de sociedad de nueva creación del art. 29.1 de la LIS).

El inicio de esta actividad mediante la constitución de una sociedad conlleva la sujeción a una serie de impuestos como son el ITP-AJD pues según el art. 19 de la Ley del ITP-AJD están sujetas este tipo de operaciones. Sin embargo, el art. 45.I párr. B) de dicho precepto dispone una exención para la constitución de sociedades. Por ello, estará sujeta y exenta.

En cuanto a la compra de activos, como hemos mencionado antes y para no resultar repetitivo, pueden estar sujetas a IVA o a la variante de TPO en función de si esos activos son calificados como constitutivos de UEA y de si son muebles o inmuebles.

Asimismo, con respecto al número de sociedades a constituir nuestra recomendación es constituir una única sociedad pues a la hora de realizar la inversión habrá que hacer frente tanto a los gastos de constitución como a los del personal que realice esa actividad económica, siendo mayores estos costes cuantas más sociedades se constituyan.

Es relevante mencionar que, en el ámbito de las inversiones extranjeras directas en la UE, entró en vigor el pasado 11 de octubre del 2020 el Reglamento UE/2019/452 para el control de las inversiones de esta categoría por parte de los Estados miembros, al igual

como forma de cooperación. Esta normativa, aplicable a Reino Unido una vez salga de la Unión, define la inversión extranjera directa como aquella que realiza un inversor de un tercer país (persona física o jurídica) para crear o mantener vínculos directos entre este y la empresa a la que destina los fondos.

Como bien sabemos, el Reino Unido abandonó la Unión Europea el 31 de enero de 2020. De conformidad con el Acuerdo de Retirada que se firmó el pasado 14 de noviembre de 2017 entre Reino Unido y la UE, el cual contempla un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020, pasando a ser oficialmente un país tercero y, por tanto, no participa en la toma de decisiones de la UE.

Como consecuencia, de la salida de Reino Unido de la Unión nos encontramos con un impedimento en la aplicación de la normativa comunitaria. En este sentido, la primera consecuencia es la imposibilidad de aplicar las mediáticas Directivas “matriz-filial” y la Directiva 2003/49/CEE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones. Por tanto, es importante mencionar que una vez salga definitivamente Reino Unido de la Unión Europea se aplicará el CDI entre Inglaterra y España.

En cuanto a los intereses y cánones no varía nada en relación con la aplicación de la normativa comunitaria y el CDI, estando exentos ambos. Sin embargo, la diferencia radica en los dividendos pues se aplica una retención para el reparto de estos que oscila entre el 10% y el 15%¹⁸. No obstante, y según lo establecido en el art. 10 del Convenio, estará exento en el Estado contratante donde se encuentre la sociedad que reparte los dividendos, si se posee al menos el 10% del capital de la misma (directa o indirectamente).

Por tanto, entendemos que la sociedad de UK cumplirá los requisitos necesarios para que los dividendos se encuentren exentos y adquirirá más del 10% del capital de la sociedad española, ya sea por inversión directa o por constitución de una nueva sociedad, suponiendo esto a efectos prácticos que la aplicación del CDI y de la normativa europea tienen las mismas consecuencias y no hay retención alguna en el reparto de dividendos.

¹⁸ Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su Protocolo, hecho en Londres el 14 de marzo de 2013 (BOE de 15 de mayo de 2014)
https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/BOE_RUUnido.pdf

Con respecto a la desinversión en un plazo de hasta 10 años, pueden entenderse dos operaciones posibles: la venta de los activos y la plusvalía que acarrearía tributando en sede del IS de la nueva sociedad, y repartiendo el dividendo correspondiente estando exento este en virtud de lo explicado anteriormente; o bien, la venta de acciones de la sociedad. En este último caso, resultaría una ganancia patrimonial del art. 13.5 CDI según el cual:

“5. Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones u otros derechos que, directa o indirectamente, otorguen al propietario de dichas acciones, participaciones o derechos, el derecho al disfrute de bienes inmuebles situados en un Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese Estado”.

Es decir, que si derivase dicha ganancia patrimonial de la venta de participaciones sobre bienes inmuebles tributaría en España, y si fuesen bienes muebles en Reino Unido (en sede del transmitente).

En cuanto a la inversión directa a través de la constitución de un establecimiento permanente o no, debemos de remitirnos al art. 5 del CDI definiéndolo de la siguiente manera: *“A los efectos del presente Convenio, la expresión «establecimiento permanente» significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad”.*

Presuponiendo que la explotación de los activos se efectúa en territorio español, si estos constituyesen una UEA se puede entender que mediante esta se efectúa una parte de la actividad por lo que en este caso sí que estaríamos ante un establecimiento permanente de la filial de Reino Unido. A pesar de esto, entendemos que se trata de una actividad auxiliar a la del sector de las telecomunicaciones y siguiendo lo establecido en el art. 5.4.e) del CDI no se considera como establecimiento permanente *“el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio”.*

En nuestra opinión la constitución de un establecimiento permanente en lugar de una filial es menos beneficioso pues, aunque tuviese las mismas consecuencias fiscales, la diferencia radica en los intereses que se pueden derivar de la financiación ya que si esta

proviene de la matriz, dichos intereses en el caso del establecimiento permanente no serán considerados como gastos deducibles.

Igualmente, en relación con el establecimiento de una sucursal no sería tan ventajoso pues estas no tienen personalidad jurídica por lo que la matriz de UK respondería por todas sus responsabilidades y deudas, además de acogerse la sucursal a la normativa británica de su matriz en lugar de a la legislación española. Por otro lado, la filial es independiente a diferencia de la sucursal ya que esta última tiene que desempeñar sus actividades conforme a los propósitos y fines de la matriz. En nuestra opinión, es relevante que ambas entidades tengan independencia pues presuponemos que la matriz de UK no pretende ejercer las actividades de la entidad que se radicaría en España, sino que únicamente desea realizar la inversión. Por tanto, volvemos a recomendar la figura de la filial.

Cabe puntualizar que si se calificasen los bienes como una UEA independiente en sede del transmitente y se estimase que constituye un establecimiento permanente, según el art. 7.1 del CDI las rentas tributarán en España conforme al art. 19 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante, “LIRNR”) al tipo del 25% y siendo en este mismo precepto donde se estipula una imposición complementaria del 19% sobre las rentas de los establecimientos permanentes de entidades no residentes que se transfieren al extranjero. Sin embargo, en nuestro caso esto último no se aplicará por ser UK aún Estado Miembro y tampoco cuando salga de la UE por existir CDI. Nuevamente, volvemos a observar que la tributación entre filial y establecimiento permanente es parecida, a excepción de lo mencionado en párrafos previos.

Por tanto, y por todo lo expuesto anteriormente, para el supuesto de los bienes inmuebles sería recomendable la constitución de una filial y no un establecimiento permanente, tributando el rendimiento en España al 25% según lo dispuesto en el CDI firmado por ambos países¹⁹, pues las ganancias derivadas de la enajenación de los bienes inmuebles tributarán donde se encuentren. Por otro lado, la filial podrá considerar como gastos deducibles los intereses que derivan de los préstamos concedidos por la matriz y los dividendos estarán sujetos a lo dispuesto en el CDI, es decir, una tributación compartida entre dichos países.

¹⁹ Art. 13 del Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Finalmente, en relación con la estructura y la naturaleza de los bienes muebles, nos centraremos en la inversión directa extranjera. Por ello, nos remitiremos al CDI entre Reino Unido y España según el cual la filial de UK tendrá que tributar por las ganancias en territorio español al 25% si se tratasen de bienes inmuebles²⁰, o bien al tipo impositivo británico si son bienes muebles, es decir, el 19%²¹.

Por tanto, desde nuestro punto de vista es más recomendable que se opte por la inversión directa si los activos son muebles y no por la constitución de una filial en España, ya que comparando los tipos que se aplicarían (19%²² y 25%, respectivamente), la primera opción conllevaría una menor tributación por parte de la entidad.

²⁰ Art. 6 del Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

²¹ Art. 7 del Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

²² Instituto de Comercio Exterior. Red de Oficinas Económicas y Comerciales de España en el Exterior: <https://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/invertir-en/regimen-fiscal/index.html?idPais=GB#:~:text=El%20tipo%20impositivo%20general%20brit%C3%A1nico,se%20sit%C3%BAa%20en%20el%2019%25>.

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

- a. **¿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? Cuestiones relevantes y los riesgos existentes. Consecuencias para Ñ3 de no ser aplicable dicho régimen, así como, para su socio único Ñ1.**

Contextualizando el Régimen Especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS, éste se encuentra vinculado a la legislación europea, en concreto con las Directivas 90/434/CEE y 2009/133/CE del Consejo. Esta normativa comunitaria ha introducido en nuestra legislación el concepto de diferimiento de la obligación tributaria en las operaciones de reorganización empresarial, eliminando el posible riesgo que puede nacer fruto del pago automático de ciertos tributos y siendo una excepción al Régimen General.

Este Régimen voluntario permite al contribuyente posponer el devengo de la operación de reestructuración, debiendo conservar idéntico valor fiscal los bienes y derechos que se transmiten como consecuencia de esta, y diferir el pago de las plusvalías tácitas en el IS al instante en el que esos bienes y derechos se transmitan a terceros. Es decir, es un Régimen que se basa en la neutralidad y permite tanto la simplificación de los trámites administrativos como el diferimiento de la tributación al momento que se transmitan posteriormente los elementos patrimoniales y participaciones, en aquellas sociedades que sean objeto de las siguientes operaciones (art. 76 de la LIS): fusión, escisión, aportación no dineraria de ramas de actividad, canje de valores y cambio de domicilio social.

De acuerdo con el art. 70.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, "LME") *"se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria"*²³.

²³ Art. 70.1 de la LME.

Sin embargo, existen ciertas confusiones a la hora de diferenciarlo con la aportación no dineraria de rama de actividad pues en esta la sucesión no es a título universal, sino a título particular, además de caracterizarse por ser la entidad aportante la que recibe los valores representativos del capital social de la entidad adquirente y no los socios, como es el caso de la escisión parcial.

Por tanto, en nuestro caso optaremos por la opción de aportación no dineraria, conocida mercantilmente como segregación, pues entendemos que es el que recibe el 100% de las participaciones de la entidad de nueva creación, ya que la sociedad aportante mantiene la actividad docente después de la transmisión de la rama de actividad relacionada con los inmuebles y las participaciones de la nueva entidad son atribuidas a la sociedad. Asimismo, es importante recordar que esta operación permite que las deudas contraídas para el funcionamiento de los elementos transmitidos se asignen a la entidad adquirente.

Continuando con lo anterior, es relevante que situemos conceptualmente lo que se define como rama de actividad pues es un requisito esencial en las operaciones de aportación no dineraria. Este concepto engloba un conjunto de elementos materiales y personales que son capaces de integrar una UEA que tiene la capacidad de actuar por sus medios, por lo que si dicha unidad económica no constituye una explotación económica individualizable a efectos fiscales no tendría la consideración de aportación de rama de actividad²⁴.

Según la doctrina de la Dirección General de Tributos (en adelante, “DGT”), la aportación del patrimonio inmobiliario puede constituir una rama de actividad si dicho patrimonio puede establecer una unidad que se distingue del resto del patrimonio, sino no se constituirá como rama de actividad²⁵.

De igual forma, para poder aplicar el Régimen Especial tenemos que remitirnos al art. 89.2 de la LIS según el cual la operación debe tener un motivo económico válido y no tener como objetivo la evasión fiscal o beneficiarse exclusivamente de las ventajas fiscales de este Régimen.

²⁴ Art. 76.4 de la LIS.

²⁵ Consulta DGT 1676/1999 de 28 de septiembre de 1999.

A pesar de todo lo expuesto anteriormente, el aspecto más relevante es el relacionado con el motivo económico válido pues siguiendo tanto la doctrina del TJUE como la del Tribunal Supremo (en adelante, “TS”) no se entiende que exista si el fin último es la evasión y no la buena fe para estar sujeto a este Régimen, debiendo de entender este concepto en sentido amplio²⁶.

Por otro lado, debemos de recordar que se deben constituir como una rama de actividad para aplicar el Régimen Especial los elementos que se transmiten, teniendo que ser necesarios y estar afectos a dicha actividad²⁷. En materia de aportación de inmuebles, la DGT se ha pronunciado al respecto alegando que no se considera como rama de actividad si dichos activos no tienen una gestión diferenciada del resto que delimitan una actividad diferenciada²⁸.

Por tanto, volviendo a la cuestión que nos atañe, la aportación no dineraria de rama de actividad podría aceptarse por parte de la Administración Tributaria si se alegase un motivo económico válido como por ejemplo la diversificación del riesgo entre la actividad docente y la inmobiliaria si existiese la posibilidad de impago de deudas por falta de liquidez, o bien la gestión más profesional de esta última. De igual manera, entendemos que la gestión y explotación de los inmuebles se realiza de forma diferenciada, además de contar con medios materiales y humanos exclusivos para la misma, constituyendo por tanto una rama de actividad. En conclusión, se podría aplicar el Régimen Especial previsto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Finalmente, los riesgos que se pueden originar son la denegación por parte de la Administración de motivo económico válido, considerando que únicamente se quieran beneficiar de las ventajas fiscales que se derivan de este Régimen por el hecho de adquirir en un plazo corto de tiempo el 40% de las participaciones a la filial española del fondo internacional que quiere coinvertir en la sociedad de nueva creación, es decir, se podría llegar a cuestionar si realmente el fin último era la enajenación de las participaciones de

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 1997. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. Asunto C-28/95.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 2 de enero de 2015. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rec. n.º 247/2010.

²⁸ Consulta V0052-04, de 10 de junio:
https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0052-04

la nueva sociedad para evadir una mayor carga tributaria o una reestructuración y reorganización de los activos²⁹³⁰.

Para finalizar con el desarrollo de esta cuestión, explicaremos las consecuencias para Ñ3 si no se llegase a aplicar este Régimen Especial.

En primer lugar, si se llegase a considerar que esta sociedad no ostenta ningún motivo económico válido se encontraría sujeta al Régimen General (art. 17 y 78.3 de la LIS) y se integraría en sede de la entidad transmitente (Ñ3) la renta derivada de la transmisión de los elementos entregados, es decir, se valorarían a valor de mercado tanto los inmuebles entregados como las participaciones recibidas en contraprestación.

Asimismo, debemos destacar que el régimen de diferimiento no se aplicaría si la operación no se realiza al amparo del Régimen Especial, es decir, no se beneficiaría del aplazamiento de la obligación de tributar de forma automática y consecuentemente, la base imponible de Ñ3 sería superior llegando a soportar una mayor carga tributaria en el momento que se realiza la operación³¹.

Y por último, en relación con las consecuencias para Ñ1 no siendo tan relevantes como para Ñ3, podría afectarle en relación con la distribución de resultados y dividendos pues al tener que tributar Ñ3 en una mayor cuantía por el Régimen General, podría verse perjudicado su socio único al no llegar a percibir el mismo dividendo en comparación con la sujeción al Régimen Especial por tener que hacer frente a un mayor impuesto. Igualmente, al haberse producido un incremento del valor de las participaciones de Ñ3, derivará en la actualización de las mismas viéndose afectada Ñ1 a la hora de tributar, a pesar de que esta ganancia pueda estar exenta por el art. 21.3 de la LIS.

²⁹ Art. 21.4.a) y b) de la LIS.

³⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 27 de julio de 2017. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rec. n.º 86/2013.

³¹ Cálculo plusvalía de la venta: 50.000.000 – 29.000.000 = 21.000.000

b. 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.

Antes de iniciar nuestro análisis, recordaremos que la operación de aportación no dineraria de rama de actividad la situaremos en el marco del Régimen Especial del Capítulo VII del Título VII, por lo que la tributación directa e indirecta de transmitente y adquirente explicadas a continuación serán conforme a dicho Régimen.

a) Tributación directa para Ñ3

En primer lugar, partiremos de la presunción de que Ñ3 y la sociedad de nueva creación no se tratan de entidades patrimoniales por ordenar por cuenta propia los factores materiales y humanos relacionados con dicha actividad, ya que si no fuese así habría ciertas dificultades para aplicar la exención según lo estipulado en el art. 21.5.a) de la LIS, pues:

“5. No se aplicará la exención prevista en el apartado 3 de este artículo:

a) A aquella parte de las rentas derivadas de la transmisión de la participación, directa o indirecta, en una entidad que tenga la consideración de entidad patrimonial, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley, que no se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación”.

Asimismo, según nuestro caso el valor fiscal de los inmuebles que se aportaron en su momento, presumiendo que es igual al valor contable, es de 29 millones de euros y el valor de mercado actualizado de 50 millones de euros

Como sabemos, la sociedad española se ha beneficiado del régimen de diferimiento, aplazando el pago del IS por la entrega de los bienes inmuebles, así como por la valoración de los mismos a valor fiscal. Sin embargo, como mencionamos en párrafos anteriores, la tributación por las plusvalías tácitas se pospondrá al momento en el que sean transmitidos a terceros.

Por lo expuesto anteriormente, debemos remitirnos al art. 21.4.a) de la LIS pues hace referencia al supuesto de exención en la transmisión de participaciones en el caso particular del Régimen Especial.

“4. En los siguientes supuestos, la aplicación de la exención prevista en el apartado anterior tendrá las especialidades que se indican a continuación:

a) Cuando la participación en la entidad hubiera sido valorada conforme a las reglas de 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, o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, derivadas de:

1.ª La aportación de la participación en una entidad que no cumpla el requisito de la letra a) o, total o parcialmente al menos en algún ejercicio, el requisito a que se refiere la letra b) del apartado 1 de este artículo.

2.ª La aportación no dineraria de otros elementos patrimoniales distintos a las participaciones en el capital o fondos propios de entidades.

En este supuesto, la exención no se aplicará sobre la renta diferida en la entidad transmitente como consecuencia de la operación de aportación, salvo que se acredite que la entidad adquirente ha integrado esa renta en su base imponible”.

Teniendo en cuenta la exención anterior, esta se aplicará a la parte de la renta positiva no diferida, es decir, a aquella que deriva de la diferencia entre el valor de venta de la sociedad participada y el valor de mercado en el instante que se hizo la aportación de rama de actividad, lo cual hace que se tenga que integrar el resto de la ganancia en la base imponible de la transmitente Ñ³².

Sin embargo, entendemos que el 40% relativo a la venta de participaciones estaba sujeto al régimen de diferimiento por lo que no se podrá aplicar la exención mencionada y se tendrá que integrar la ganancia en la base imponible del transmitente.

³² Consulta V0044-17, de 13 de enero:
https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0044-17

b) Tributación indirecta para la filial del fondo internacional

Como hemos explicado en preguntas anteriores de nuestro trabajo, y antes de partir con el análisis de la tributación indirecta, es relevante recordar que existe una incompatibilidad entre el IVA y el ITP-AJD. Llegados a este punto, analizaremos a continuación los diferentes escenarios posibles que se pueden llegar a dar en el ámbito de ambos impuestos.

En relación con el primero de los impuestos mencionados, la LIVA en su art. 20.Uno.18º párr. k) establece una exención para las operaciones relacionadas con acciones y participaciones en sociedades, en concreto:

“k) 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, con excepción de los siguientes:

- a) Los representativos de mercaderías.*
- b) Aquellos cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de la totalidad o parte de un bien inmueble, que no tengan la naturaleza de acciones o participaciones en sociedades.*
- c) Aquellos valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, realizadas en el mercado secundario, mediante cuya transmisión se hubiera pretendido eludir el pago del impuesto correspondiente a la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores, en los términos a que se refiere el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores”.*

Por tanto, a simple vista podemos llegar a concluir que las participaciones adquiridas por la filial internacional estarían sujetas pero exentas del IVA, salvo que llegue a materializarse alguna de las excepciones que menciona dicho precepto.

Como consecuencia de lo anterior, debemos acudir a la modalidad de TPO del ITP-AJD para comprobar la tributación indirecta de las participaciones en materia de dicho tributo, siendo en el art. 45.I.B.9 de la Ley del ITP-AJD donde se regula que las transmisiones de

valores que se encuentran admitidos o no a negociación en un mercado secundario se encuentran sujetas pero exentas.

Con esto podríamos llegar a concluir que este tipo de operaciones no tributarían en sede del adquirente. Sin embargo, debemos recalcar que ambos preceptos mencionados hacen referencia al art. 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, o lo que viene siendo el actual art. 314 de la Ley 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Según este artículo, se entiende como forma de evadir el pago del tributo vinculado a la venta de inmuebles los que se exponen a continuación:

“a) Cuando se obtenga el control de una entidad cuyo activo esté formado en al menos el 50 por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.

b) Cuando se obtenga el control de una entidad en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.

c) Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de la ampliación de su capital social, siempre que tales bienes no se afecten a actividades empresariales o profesionales y que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años”.

Por ello, entraría en juego la regla especial y la transmisión mencionada estaría sujeta al impuesto que se hubiera pretendido eludir pero en lugar de tratarla como transmisión de valores sería una transmisión de inmuebles³³.

A pesar de esto, será la Administración Tributaria la que tendrá que probar y determinar de manera suficiente si la finalidad última era la evasión del impuesto, es decir, se deberá

³³ Art. 314.2 de la LMV.

comprobar si concurren los requisitos objetivos vinculados al presupuesto de hecho, derivando en la concurrencia de elusión si llegan a existir estos y en la no sujeción al derecho de exención. Asimismo, para no estar ante una causa de indefensión se permite al interesado presentar prueba en contrario³⁴.

Finalmente, en nuestra opinión al no adquirir la filial del fondo internacional la mayoría de las participaciones del capital social de la entidad de nueva creación, aunque más del 50% del activo de esta esté compuesto por inmuebles, entendemos que no toma el control por lo que nos lleva a concluir que dicha operación estaría sujeta pero exenta a ambos impuestos conforme a las normativas mencionadas.

³⁴ Consulta V0096-19, de 15 de enero:
https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0096-19

4. Ñ4 y Ñ5

- a. **Ñ5 prevé generar ingresos derivados de la construcción en los próximos meses. Se cuestiona acerca de la existencia de alguna limitación, general o específica, en la compensación de bases imponibles negativas.**

La compensación de bases imponibles negativas viene recogida en el art. 26 de la LIS, el cual estipula que las BINs pueden compensarse con las bases imponibles positivas de los ejercicios siguientes.

Asimismo, en su apartado primero se establece una limitación cuantitativa a los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2017 para compensar BINs que hayan sido autoliquidadas o liquidadas, pudiendo ser compensadas estas con las rentas positivas de los periodos impositivos siguientes hasta un 70% de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización y a la compensación de la propia base imponible negativa, pudiéndose compensar hasta la cuantía de 1 millón de euros en el periodo impositivo. Sin embargo, ha de señalarse que hasta que no se aprobó el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, el límite a la base imponible era del 60%, es decir, únicamente afecta al límite porcentual que se puede aplicar.

Por otro lado, el Real Decreto-Ley 3/2016 introduce una Disposición Adicional decimoquinta en la LIS aplicable a grandes empresas, la cual fija nuevos límites a la compensación de BINs para las entidades que dispongan, durante los 12 meses anteriores a la fecha de inicio del periodo impositivo, de un INCN de al menos 20 millones de euros, es decir, se tendrá en cuenta el año 2015 para aquellas sociedades cuyo ejercicio coincida con el año natural³⁵.

Estas novedosas limitaciones en cuanto al porcentaje dependen del INCN de la entidad, pues cuanto mayor sea más limitación habrá. De este modo, para los contribuyentes cuyo INCN sea de al menos 20 millones de euros, pero no superior a 60 millones de euros el límite será del 50% de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de

³⁵ Régimen de compensación de Bases Imponibles Negativas tras el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre: <https://www.aedaf.es/es/documentos/descarga/33195/compensacion-de-bin-s-tras-el-real-decreto-ley-3-2016>

capitalización y las propias BINs. Esta limitación se fija en un 25% para aquellas entidades que tengan un INCN superior a 60 millones de euros.

En cuanto a la modificación que introduce el Real Decreto-Ley 3/2016 en el contenido de la Disposición Transitoria trigésima sexta relativa a la aplicación del límite del 60% para los periodos iniciados en el año 2016, este porcentaje pasa a ser del 70% para aquellos que se inician a partir del 1 enero de 2017 y refiriéndose a contribuyentes que posean un INCN (en los 12 meses anteriores a la fecha de inicio del periodo impositivo) menor a 20 millones de euros.

A continuación, se expone un cuadro resumen en el que se muestran las limitaciones a la compensación de BINs:

Límites Compensación de BINs		
INCN	Ejercicio 2016	Ejercicios a partir 1 de enero 2017
< 20 millones de euros	60%	70%
Entre 20 millones y 60 millones de euros	50%	50%
Igual o superior a 60 millones de euros	25%	25%

Por tanto, Ñ5 podrá aplicar sus BINs acumuladas sin ningún tipo de límite temporal, pero si cuantitativo de un 70%. Asimismo, entendemos que el INCN de Ñ5 es inferior a 20 millones de euros pues como se deduce del enunciado la actividad de la construcción que ha estado paralizada, al igual que la relacionada con los servicios comunitarios, no dan beneficios muy significativos. Por tanto, partiremos de la presunción de que tendrá un límite del 70% de la base imponible previa o en su caso hasta 1 millón de euros, es decir, la mayor de ambas cantidades.

De igual forma, el art. 26.4 de la LIS estipula unas limitaciones a la aplicación de las BINs cuando se produzca un cambio en el accionariado, según el cual:

“4. No podrán ser objeto de compensación las bases imponibles negativas cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) *La mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados de la entidad que hubiere sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.*
- b) *Las personas o entidades a que se refiere el párrafo anterior hubieran tenido una participación inferior al 25 por ciento en el momento de la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.*
- c) *La entidad adquirida se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias:*
- 1.º No viniera realizando actividad económica alguna dentro de los 3 meses anteriores a la adquisición;*
 - 2.º Realizara una actividad económica en los 2 años posteriores a la adquisición diferente o adicional a la realizada con anterioridad, que determinara, en sí misma, un importe neto de la cifra de negocios en esos años posteriores superior al 50 por ciento del importe medio de la cifra de negocios de la entidad correspondiente a los 2 años anteriores.*
- Se entenderá por actividad diferente o adicional aquella que tenga asignado diferente grupo a la realizada con anterioridad, en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.*
- 3.º Se trate de una entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley.*
 - 4.º La entidad haya sido dada de baja en el índice de entidades por aplicación de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 119 de esta Ley”.*

Por tanto, como vemos no se cumplen ninguna de las condiciones anteriores y Ñ5 se podrá aplicar las BINs generadas en los periodos comprendidos entre 2013 y 2018.

Finalmente, haremos referencia a las limitaciones que hemos desarrollado pues también se aplicarán al Régimen de Consolidación Fiscal ya que la Disposición Adicional decimoquinta hace alusión al art. 67 párr. e) de la LIS. Como la Disposición Transitoria trigésima cuarta párr. g) no hacía remisión a este artículo, tanto los porcentajes del 25% y 50% no se aplicaban a la Consolidación Fiscal. Con la modificación de la LIS, los

porcentajes comentados anteriormente se podrán aplicar a este Régimen. De igual forma ocurrirá con las BINs tanto individuales como del grupo de los grupos fiscales.

b. Tributación en el IRPF de los empleados del plan de opciones, calificación y cuantificación tanto en el momento de la concesión como en el ejercicio de las mismas. Mención y explicación de los beneficios fiscales correspondientes.

La entrega de participaciones o “*stock options*” es un derecho que se otorga a los empleados de una entidad mediante el cual obtienen participaciones de esta, siendo la finalidad principal fomentar la participación de los trabajadores en el capital de la empresa. La tributación de la entrega de estos planes de opción de compra se califica en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, “**IRPF**”) como retribución del trabajo³⁶.

Estos planes de concesión de opciones de compra se califican de una forma distinta en el rendimiento del trabajo en función de la modalidad que posean, es decir, si se tratan de opciones intransmisibles *inter vivos* o transmisibles, siendo las primeras rentas en especie sometidas a un ingreso a cuenta o bien, las segundas consideradas como rendimiento dinerario sujeto a retención a cuenta³⁷.

En nuestro caso, entendemos que Ñ5 reparte a sus trabajadores “*stock options*” intransmisibles *inter vivos*, por lo que nos centraremos en estas. Como hemos dicho, se consideran como retribución en especie produciéndose el devengo cuando se ejercitan y se adquieren las opciones³⁸. Asimismo, la valoración de esta retribución se obtiene restando al valor de cotización de la acción el día que se ejercita la opción, la cantidad que paga el trabajador para adquirirlas³⁹.

De acuerdo con el art. 42.3 párr. f) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, la “**LIRPF**”) las rentas en especie que derivan de esta entrega ya sean de forma gratuita o por un precio menor al de mercado, están exentas de tributación

³⁶ Art. 17 y 42.1 de la LIRPF.

³⁷ Consulta V1766-16, de 21 de abril:

https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V1766-16

³⁸ Consulta V0964-08, de 14 de mayo:

https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0964-08

³⁹ Art. 43 de la LIRPF.

en el IRPF si se cumplen las siguientes condiciones también mencionadas en el art. 43.2 del Reglamento del IRPF (en adelante, “**RIRPF**”):

- a) Límite máximo de exención de 12.000 euros anuales para cada trabajador.
- b) Los empleados en activo de la empresa tienen que ser los que se benefician de esta exención. Por tanto, en el momento de ejercitar dichas participaciones tienen que estar en activo, es decir, no se pueden beneficiar de esta exclusión si pierden tal condición cuando se vayan a ejercitar, aunque hayan estado en activo cuando les fueron concedidas⁴⁰.
- c) En el supuesto de grupos de sociedades, pueden recibir estas opciones los trabajadores de las empresas del grupo cumpliendo lo siguiente:
 - Si se entregan las correspondientes a una sociedad del grupo, pueden recibirlas los empleados que sean del mismo subgrupo.
 - Si se entregan las de la sociedad matriz o dominante, pueden adquirirlas los trabajadores de cualquier sociedad del grupo.
- d) Se tienen que ofrecer dichas participaciones en las mismas condiciones a todos los trabajadores, del grupo o subgrupo de sociedades. Sin embargo, hay una excepción pues la empresa puede requerir una antigüedad mínima a sus empleados (la misma para todos) para recibir las participaciones, sin entenderse incumplida esta condición.
- e) Los trabajadores junto con sus cónyuges o familiares hasta el segundo grado no pueden poseer una participación superior al 5%, ya sea directa o indirecta, en la sociedad para la que trabajan u otra del grupo.
- f) Que las acciones se conserven al menos 3 años desde su ejecución.

Asimismo, podemos señalar que en el supuesto de una oferta pública de venta de acciones también se podría aplicar esta exención a la retribución en especie derivada del ejercicio de la compra de las mismas si se cumplen las condiciones anteriores.

Por otro lado, la LIPRF en su art. 18.2 establece una reducción del 30% (una vez aplicada la exención de 12.000 euros) en el cálculo de la renta en especie, que se origina cuando se ejercita y se obtiene la opción. Existe un límite máximo de 300.000 euros anuales del

⁴⁰ Consulta V3291-15, de 26 de octubre:
https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V3291-15

rendimiento íntegro que actúa sobre todos los rendimientos a los que se les aplica la reducción.

Para aplicar la reducción anterior, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el período de generación (tiempo entre la concesión y ejercicio de la opción) sea superior a dos años.
- b) Que el trabajador no haya tenido rendimientos del trabajo con un período de generación superior a dos años, susceptibles de reducción, en los cinco períodos impositivos anteriores al ejercicio de la opción.

Por tanto, el devengo de la renta en especie de las opciones de Ñ4 que reciben los 25 empleados de Ñ5 se producirá cuando se ejerciten estas. Suponiendo que el valor de mercado de cada opción en el 2023 el día que se ejercitan es de 100 euros, el rendimiento por el que se tributaría sería 10 euros por opción⁴¹. Sin embargo, en el 2024 este rendimiento ascendería a 15 euros. A esta renta, se le aplicarán tanto el ingreso a cuenta como los beneficios fiscales mencionados anteriormente, con la condición de que se cumplan los correspondientes requisitos, es decir, la exención de hasta 12.000 euros y la reducción del 30%.

Finalmente, nos gustaría mencionar que en el supuesto de que dichas opciones hubiesen tenido la naturaleza de transmisibles (imputándose el rendimiento del trabajo cuando se conceden estas), los trabajadores de Ñ5 podrían haber optado por vender las participaciones que han recibido, estando sujeta al IRPF la ganancia o pérdida patrimonial que derivaría de la diferencia entre la cotización de la acción el día de la venta y el del día de la ejecución del “*stock option*”(sin incluir el ingreso a cuenta) e independientemente si se llegó a aplicar exención o reducción⁴².

⁴¹ Cálculo rendimiento opción: $100 - (100 \cdot 90\%) = 10$

⁴² *Opciones de compra sobre acciones*: <https://blog.efl.es/actualidad-juridica/opciones-de-compra-sobre-acciones/>

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

- a. Explicación de que opción es más recomendable desde una perspectiva fiscal meramente española, (i) condonación o (ii) la capitalización/aportación a fondos propios del derecho de crédito. Si se opta por esta última ¿cuál sería la alternativa elegida (i.e. capitalización, aportación de socios, etc.)? Explicad implicaciones en ambos casos y el porqué de la elección.**

En relación con la cuestión que estamos tratando, SUI adquiere un derecho de crédito al descuento de una sociedad externa al grupo por valor de 1 euro, y siendo su valor nominal de 30 millones de euros. Este crédito es frente a Ñ6, por lo que al adquirirse dicho derecho, SUI obtiene la totalidad de participaciones de esta.

De acuerdo con esto, nos planteamos tres alternativas posibles para que se elimine dicho derecho de crédito: la condonación, la capitalización y la aportación a los fondos propios de Ñ6. Para ello acudiremos a las Normas de Registro y Valoración 9ª (tratamiento contable de una ampliación de capital por compensación de créditos) y 18ª (subvenciones, donaciones y legados recibidos) del Plan General Contable (en adelante, “PGC”), según lo dispuesto en el art. 10.3 de la LIS para el cálculo de la base imponible.

Asimismo, nos remitiremos a la doctrina del BOICAC, en concreto a la Consulta 5 número 79/2009, la cual abarca tanto la condonación como la ampliación de capital por compensación de créditos. En relación con la condonación de créditos al descuento, el derecho de crédito está registrado en el balance del acreedor por un valor inferior al registrado en el pasivo del deudor. En nuestro caso, Ñ6 considerada como parte donataria de la transacción dará de baja el pasivo por el valor en libros del mismo (30.000.000 de euros) y realizará un aumento de sus fondos propios por el importe equivalente al valor razonable de la aportación que se ha efectuado (precio pagado al tercero por el derecho de crédito), es decir, 1 euro y reflejándose en el epígrafe A-1.VI “Otras aportaciones de socios”.

Por otro lado, para que se extinga la deuda del balance de Ñ6 y cancelar dicha cuenta del pasivo por su valor contable, se tendrá que reconocer un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias que deriva de la diferencia entre el importe de la donación y el valor contable

de la deuda, es decir, 29.999.999 de euros⁴³. Con todo esto vemos que por el hecho de haberse reconocido una quita por parte de la empresa vendedora (externa al grupo) produce que se tenga que reconocer un ingreso por la entidad deudora, siendo así reconocido por el ICAC ya que la cuantía que se aporta a los fondos propios de la sociedad beneficiaria de la condonación coincide con el “*precio de adquisición del crédito abonado a la entidad financiera*”⁴⁴, es decir, de 1 euro en nuestro supuesto.

A efectos fiscales, y acudiendo al art. 10.3 de la LIS como hemos mencionado, la base imponible del IS se corresponde con el resultado contable, siendo corregido este por los ajustes dispuestos en el Texto Refundido del IS. Sin embargo, este último no dispone nada acerca de las operaciones de condonación por lo que los efectos en el IS dependerán de su tratamiento contable.

Igualmente, la doctrina de la DGT ha concretado sobre las implicaciones y consecuencias en el IS de esta clase de condonaciones, destacando consultas como la V1832-09, de 6 de agosto de 2009; la V2341-13, de 15 de julio de 2013 o la V0233-14, de 31 de enero de 2014.

Por ello, observamos que la DGT afirma la autenticidad del tratamiento que se le otorga a este tipo de operaciones a nivel contable por lo que este ingreso que se derivaría de la condonación tributaría en el IS de Ñ6⁴⁵ ya que es beneficiaria de la misma, al igual que SUI registrará esta operación como un incremento del valor de las participaciones de Ñ6 y cancelará el crédito por su valor en libros no generando ingreso contable por tratarse de una aportación a los fondos propios.

En definitiva, la condonación no sería muy beneficiosa para Ñ6 ya que al tener falta de liquidez tendría que integrar en su base imponible el ingreso derivado de la misma.

Para concluir con esta opción planteada, mencionaremos brevemente las consecuencias fiscales en el ámbito de la tributación indirecta del ITP-AJD. Remitiéndonos a la variante de Operaciones Societarias (en adelante, “OS”) de este tributo, la condonación está sujeta

⁴³ Cálculo ajuste ingreso: $30.000.000 - 1 = 29.999.999$

⁴⁴ *Condonaciones de créditos intra-grupo: régimen contable, jurídico y fiscal. análisis de la doctrina del ICAC y de la dirección general de tributos:*
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3992/documento/art0365.pdf?id=5421>

⁴⁵ Consulta V5469-16, de 28 de diciembre:
https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V5469-16

en virtud del art. 19.1.2º del TRLITPAJD y estableciendo una exención en el art. 45.I.B.11 de la misma norma para *“la constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea”*. En resumen, estará sujeta pero exenta de tributación indirecta.

Por otro lado, nos encontramos con la aportación a los fondos propios y la capitalización del derecho de crédito, o lo que se conoce como aumento de capital por compensación de pérdidas que se caracteriza, en sede de la deudora, por la transformación de una partida de pasivo en capital y de la correspondiente prima de emisión, siendo una figura muy utilizada en situaciones de falta de liquidez como la que estamos tratando.

Según el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, a nivel fiscal se valorarán este tipo de operaciones por el importe de dicho aumento desde el punto de vista mercantil, independientemente de lo dispuesto a nivel contable.

Hasta ahora el ICAC venía estableciendo que la parte deudora que aumentaba capital tenía que reconocer un ingreso que derivaba de la diferencia entre el valor contable y razonable de la deuda, por lo que se tenía en cuenta a la hora de calcular el IS.

Sin embargo, con la redacción del párr. 2 del art. 17 de la LIS se deduce que el deudor no tiene que computarlo como un ingreso tributable en el IS, con independencia de la consideración que tenga en la contabilidad la capitalización de la deuda y la vinculación previa entre las partes de dicha operación, es decir, coincidirá la deuda registrada en el pasivo y la cuantía de la capitalización por la que se efectúa el aumento de capital en Ñ6⁴⁶.

Asimismo, nos gustaría puntualizar que tanto la condonación como la capitalización del derecho de crédito a nivel contable coinciden pues habría que integrar un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias, aunque fiscalmente no sea así como hemos podido observar pues se intenta evitar la tributación de grandes cantidades de deuda en empresas con dificultades de pago de las mismas.

⁴⁶ *Refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Novedades fiscales:*
https://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Comentario-Fiscal-1-2014_1.pdf

De igual forma, es necesario recalcar el art. 301.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el cual establece que *“cuando el aumento del capital de la sociedad de responsabilidad limitada se realice por compensación de créditos, éstos habrán de ser totalmente líquidos y exigibles. Cuando el aumento del capital de la anónima se realice por compensación de créditos, al menos, un veinticinco por ciento de los créditos a compensar deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años”*.

Del mismo modo, siguiendo la doctrina de la DGT, aunque se traten de derechos de crédito adquiridos al descuento, no se integrará renta alguna en la base imponible aunque contablemente pueda tener la consideración de ingreso⁴⁷.

Con respecto a la tributación en SUI, tendremos que acudir al art. 17.5 de la LIS, según el cual *“en el supuesto de aumento de capital o fondos propios por compensación de créditos, la entidad transmitente 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”*. Por tanto, se entiende que si el acreedor tiene un crédito con un valor fiscal (1 euro) menor a la cuantía del aumento de capital del deudor (30 millones de euros), se origina una renta de 29.999.999 de euros que se computa a nivel fiscal. Además, esto suele ocurrir en los créditos que se adquieren al descuento, como es nuestro caso.

Sin embargo, al ser SUI una sociedad no residente en territorio español sería de aplicación el CDI entre Suiza y España considerándose un beneficio empresarial del art. 7 de dicho Convenio, estableciendo este que *“los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición de este Estado, a no ser que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por medio de un establecimiento permanente situado en él”*⁴⁸. Por ello, dicho beneficio no estará sujeto a gravamen en España sino en Suiza, siendo el tipo nominal del tributo que se asemeja a la naturaleza

⁴⁷ Consulta V4141-15, de 28 de diciembre:

https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V4141-15

⁴⁸ Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio entre el Estado Español y la Confederación Suiza. (BOE de 3 de marzo de 1967)

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1967/BOE-A-1967-3470-consolidado.pdf>

del IS de España un 8,5% a nivel federal⁴⁹. Asimismo, los cantones poseen competencia para gravar los beneficios empresariales, debiéndolo tener también en cuenta en nuestro supuesto. En conclusión, el tipo de gravamen oscila entre el 11,9% y un máximo 21,6%, por lo que aunque en Suiza se aplique el tipo máximo, la tributación en España es mayor⁵⁰.

De nuevo, en cuanto a la tributación indirecta por la modalidad de OS en el ITP-AJD ocurriría como en el supuesto de la condonación, es decir, estaría sujeta dicha operación por el art. 19.1.2º del TRLITPAJD pero exenta por el art. 45.I.B.11 de esta norma.

Finalmente, en relación con la aportación de socios se estudiarán los efectos en los supuestos en los que no hay un aumento de capital siendo precisadas por el Plan General de Contabilidad como *“elementos patrimoniales entregados por socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas”*. De igual forma, las aportaciones se valoran como subvenciones, donaciones y legados, generando un mayor valor de la participación de los socios⁵¹.

Siguiendo la doctrina de la DGT⁵², se asemeja el concepto de aportación a los fondos propios a lo que se conoce como condonación en relación con los efectos que se derivan, con la condición de que los socios que aportan dichos fondos no reciban nada a cambio por ello. En nuestro caso, ocurriría como en la condonación, es decir, Ñ6 tributaría por el ingreso que asciende a 29.999.999 de euros y que se deriva como consecuencia de la diferencia entre el derecho de crédito y la deuda que se registra.

En conclusión, desde nuestro punto de vista la operación más beneficiosa sería la capitalización del crédito pues no se integraría ingreso alguno en Ñ6 ya que tiene falta de

⁴⁹ Instituto de Comercio Exterior. Red de Oficinas Económicas y Comerciales de España en el Exterior: <https://www.icex.es/icex/es/Navegacion-zona-contacto/revista-el-exportador/mundo/REP2017775543.html#:~:text=Las%20sociedades%20residentes%20en%20Suiza,del%208.5%25%20a%20nivel%20federal.>

⁵⁰ *Fiscalidad en Suiza*: <https://santandertrade.com/es/portal/establecerse-extranjero/suiza/fiscalidad>

⁵¹ Normas de Registro y Valoración Contable 18ª.

⁵² Consulta V3151-15, de 19 de octubre:

https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V3151-15

liquidez y se aplicaría el art. 17.2 de la LIS, aunque sí que se generaría este en sede de SUI (29.999.999 de euros).

Por tanto, Ñ6 no tendrá que tributar por la compensación de pérdidas debido a la aplicación del precepto anteriormente mencionado, es decir, al realizar un aumento de capital por el mismo valor del pasivo o deuda no tendrá que integrar en la base imponible el ingreso. Asimismo, será también ventajosa esta opción para SUI pues no tributará en España como hemos explicado anteriormente, sino en Suiza y a un tipo menor.

- 6. Donación de la nuda propiedad de la participación de Don A a sus hijos, B y C**
- a. 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 (estatales y autonómicos) y recomendaciones para el supuesto de que alguno no fuera aplicable con los antecedentes planteados.**

Para analizar la cuestión planteada, analizaremos brevemente la naturaleza del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, “ISD”). Este impuesto se haya regulado en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, “LISD”) y es considerado como un impuesto directo, personal, instantáneo y progresivo, el cual grava las transmisiones *inter vivos* o *mortis causa*, encontrándose cedido a las Comunidades Autónomas.

Asimismo, es relevante encuadrar la definición y requisitos para considerar una empresa como familiar. Según la definición dada por el Grupo Europeo de Empresas Familiares (GEEF) y el Board del FBN, se considera como tal aquella que cumple las siguientes condiciones:

- “1. La mayoría de los votos son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía; o, son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo(s) o herederos directos del hijo(s).*
- 2. La mayoría de los votos puede ser directa o indirecta.*
- 3. Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía.*
- 4. A las compañías cotizadas se les aplica la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social”.*

Por tanto, y de acuerdo con lo anterior, Ñ1 se puede considerar como empresa familiar, en tanto en cuanto se posee el total del capital social por parte de la Familia, así como los votos y estando la gestión de la misma en Don A y su hijo Don C.

En relación con el sujeto pasivo del ISD, la ley de este impuesto estipula que se consideran como tal los donatarios de la misma, es decir, B y C⁵³.

Con respecto a la tributación por parte del donante Don A, y según el art. 9.b) de la LISD la base imponible se deriva de la diferencia entre el valor real de los bienes y derechos, minorado por las cargas y deudas, es decir, en nuestro caso el valor de mercado es de 150.000.000 de euros. Asimismo, al entender que en nuestro supuesto se transmite sólo la nuda propiedad de las participaciones habría que atender al art. 26.a) pues el valor de la nuda propiedad será la diferencia entre el valor del usufructo y el del total de los bienes. Por otro lado, este precepto dispone que *“en los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1 por 100 menos por cada año más, con el límite mínimo del 10 por 100 del valor total”*.

Por lo que, al tener Don A 67 años tendremos que reducir el valor del usufructo en 48 puntos⁵⁴ siendo el porcentaje de dicho usufructo un 22% sobre el valor total de los bienes⁵⁵. Consecuentemente, el valor del usufructo será 33.000.000 de euros⁵⁶ y el de la nuda propiedad 117.000.000 de euros.

Con respecto a la tributación por parte del donante Don A, se puede generar una ganancia patrimonial que no tributaría en el ISD sino que lo haría en el IRPF por la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión. Por tanto, teniendo en consideración las normas estipuladas en el ISD para el cálculo real de las participaciones se generaría una ganancia de 116.900.000 de euros (117.000.000 – 100.000).

Sin embargo, remitiéndonos al art. 33.3.c) de la LIRPF, se estipula que no habrá ni ganancia ni pérdida patrimonial *“con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley*

⁵³ Art. 9.b) LISD.

⁵⁴ Cálculo: 67 años – 19 años = 48 puntos

⁵⁵ Cálculo porcentaje de usufructo: 70% - 48% = 22%

⁵⁶ Valor total del usufructo: 150.000.000 *22% = 33.000.000

29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”. Debido a ello, entendemos que llevan afectos los elementos patrimoniales al menos cinco años por venir ejerciendo Don A las labores de dirección por más de 30 años.

Actualmente, con respecto al ISD existen ciertos beneficios fiscales como son reducciones y bonificaciones que benefician en cierto modo al contribuyente, haciendo que la base imponible del impuesto sea menor o casi nula.

A nivel estatal, la LISD estipula en su art. 20.6 una reducción por transmisión de empresa familiar que alcanza un 95%, permitiendo que el impuesto que se paga por el donatario sea considerablemente menor. Acudiendo a dicho apartado, observamos que existen una serie de requisitos necesarios para poder estar sujetos a la misma:

- a) Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente.
- b) Si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde la transmisión, no comprendiendo como tales el mero hecho de pertenecer al Consejo de Administración.
- c) El donatario tendrá que mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación.

Con respecto a la Ley del Impuesto del Patrimonio (en adelante, “LIP”), esta estipula que están exentos de tributación tanto la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo, siempre y cuando se cumplan los requisitos del art. 4.Ocho párr. Dos de la LIP:

“a) Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurran, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:

Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores. [...]”

A simple vista, puede parecer que Ñ1 se encontraría fuera de la exención de este artículo por dedicarse a la gestión de las entidades en las que tiene participaciones. Sin embargo,

como esta tiene el 100% de los derechos de voto de todas las sociedades participadas, además de organizar los medios materiales y personales y no realizar las participadas una actividad relacionada con la gestión de activos, dedicándose Don A y C al negocio familiar de manera exclusiva, entendemos que estaría sujeta a la exención Ñ1 por estar dentro del ámbito de la regla especial del art. 4.Ocho.Dos.a) de la LIP⁵⁷.

Por otro lado, encontramos otros dos requisitos para poder aplicar esta exención, siendo:

“b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

c) 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”.

Asimismo, entendemos que estas dos últimas condiciones se cumplen también pues aunque el último apartado se refiera al sujeto pasivo, estas funciones de dirección también las puede realizar alguna de las personas del grupo parentesco, es decir, en nuestro caso se cumple por estar dichas funciones de dirección tanto en Don A como en su hijo C. En conclusión, estarán exentos del IP el padre y sus dos hijos⁵⁸.

Por otro lado, en referencia al art. 20 de la LISD mencionado previamente, como Don A tiene 67 años, además de entender que se mantendrá por parte de los donatarios lo adquirido y aplicarles la exención, se cumplirá el primer y último requisito. Sin embargo, la problemática la encontramos en las funciones de dirección, pues el donante quiere seguir ejerciéndolas, así pues si Don A quiere beneficiar a sus hijos de dicha reducción del 95% deberá renunciar a las mismas y delegarlas en uno de sus hijos.

⁵⁷ Art. 4.Ocho.Dos.a) de la LIP.

⁵⁸ Art. 4.Ocho.Dos.c) de la LIP.

A nivel autonómico, al vivir Don A y sus dos hijos en Madrid, acudiremos a la normativa de dicha Comunidad la cual beneficia a los contribuyentes del ISD mediante una bonificación y reducción.

En relación con la reducción, también se establece por parte de la Comunidad la relacionada con la donación de empresa individual, aplicando una reducción del 95% sobre el valor neto siempre que se vuelvan a cumplir los mismos requisitos mencionados con respecto a la reducción estatal. Por tanto, como hemos mencionado, únicamente deberá renunciar Don A a las funciones de dirección.

En cuanto a las bonificaciones, esta Comunidad concede una bonificación en la cuota del impuesto del 99% si el donatario es considerado como descendiente y únicamente con la condición de que se formalice en documento público.

En nuestra opinión, la mejor opción es que Don A renuncie a las funciones de dirección y las ejerza uno de sus hijos para que así puedan beneficiarse de ambas reducciones y de la bonificación, así como evitar la tributación por la ganancia de 116.900.000 de euros en el IRPF.

Sin embargo, existe otra opción no tan beneficiosa como la donación, siendo esta la adquisición de la nuda propiedad tras el fallecimiento de Don A ya que en este caso no tendría que renunciar a la dirección de la empresa e igualmente se beneficiaría de la bonificación mencionada, estando el riesgo en la posible modificación de la legislación del ISD y en que dichos coeficientes varíen y disminuyan, pudiendo perjudicar a sus hijos.

En conclusión, y por todo lo justificado anteriormente, la opción de la donación con la correspondiente renuncia a la dirección de la empresa por parte de Don A sería lo más conveniente.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN APLICABLE

- 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.
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Ley 27/2014, de 27 de septiembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- Real Decreto-ley 15/2020, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.
- Ley 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
- Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social.
- 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.
- Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
- Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.
- 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.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Segunda de 10 de noviembre 2011. Asunto C-444/10.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 1997. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. Asunto C-28/95.
- Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 2 de enero de 2015. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rec. n.º 247/2010.
- Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 27 de julio de 2017. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rec. n.º 86/2013.

CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

- Consulta V2488-17, de 4 de octubre.
- Consulta V2741-19, de 8 de octubre.
- Consulta V2621-13, de 7 de agosto.
- Consulta DGT 1676/1999 de 28 de septiembre de 1999.
- Consulta V0052-04, de 10 de junio.
- Consulta V0044-17, de 13 de enero.
- Consulta V0096-19, de 15 de enero.
- Consulta V1766-16, de 21 de abril.
- Consulta V0964-08, de 14 de mayo.
- Consulta V3291-15, de 26 de octubre.
- Consulta V1832-09, de 6 de agosto.
- Consulta V2341-13, de 15 de julio.
- Consulta V0233-14, de 31 de enero.
- Consulta V5469-16, de 28 de diciembre.
- Consulta V4141-15, de 28 de diciembre.
- Consulta V1255-19, de 3 de junio.

OBRAS DOCTRINALES

- GARRIGUES. “Impuestos en América Latina”.
- AEDAF. “Régimen de compensación de Bases Imponibles Negativas tras el Real Decreto Ley 3/2016, de 2 de diciembre”.
- EFL. “Opciones de compra sobre acciones”.
- MARTINEZ PAÑOS, J. “Condonaciones de créditos intra-grupo: régimen contable, jurídico y fiscal. Análisis de la doctrina del ICAC y de la Dirección General de Tributos”.
- GARRIGUES. “Refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Novedades fiscales”
- GARCÍA VÁZQUEZ, D. (2015) “La expansión internacional: filial o sucursal”.
- SOTO BALIRAC, F. “Reducción en ISD: ejercicio de funciones de dirección”.