

TRABAJO FIN DE MÁSTER

MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA

ESPECIALIDAD DERECHO TRIBUTARIO



MARÍA AVILÉS DE LUCAS

Tutor: Antonio Palou Bretones

Enero 2021

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS.....	1
2. INTRODUCCIÓN.....	4
3. CUESTIONES	
FISCALES.....	5
3.1 Ñ1.....	5
3.2 Ñ2.....	10
3.2 A) GAB.....	10
3.2 B) CHI.....	15
3.3 UK.....	19
3.4 Ñ3.....	31
3.5 Ñ4 Y Ñ5.....	42
3.6 SUI Y Ñ6.....	46
3.7 LA FAMILIA.....	51
4. CONCLUSIONES.....	56

1. ABREVIATURAS

AJD	Actos Jurídicos Documentados
Art.	Artículo
AEAT	Administración Estatal de la Agencia Tributaria
C.Com	Código de Comercio
CC	Código Civil
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DGT	Dirección General de Tributos
ITP	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
IS	Impuesto sobre Sociedades
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas
LGT	Ley General Tributaria
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LIP	Ley del Impuesto sobre Patrimonio
LISD	Ley del Impuesto sobre sucesiones y Donaciones
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LIVA	Ley del IVA
LMV	Ley del Mercado de Valores
LME	Ley de Modificaciones Estructurales
RDL	Real Decreto Legislativo
Rec.	Recurso
RGR	Reglamento General de Recaudación
RJ	Resolución Judicial
S.A.	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TRLMV	Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores

TS	Tribunal Supremo
TRLIS	Texto Refundido de la Ley de Impuesto sobre Sociedades
TRLITPYAJD	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central

2. INTRODUCCIÓN

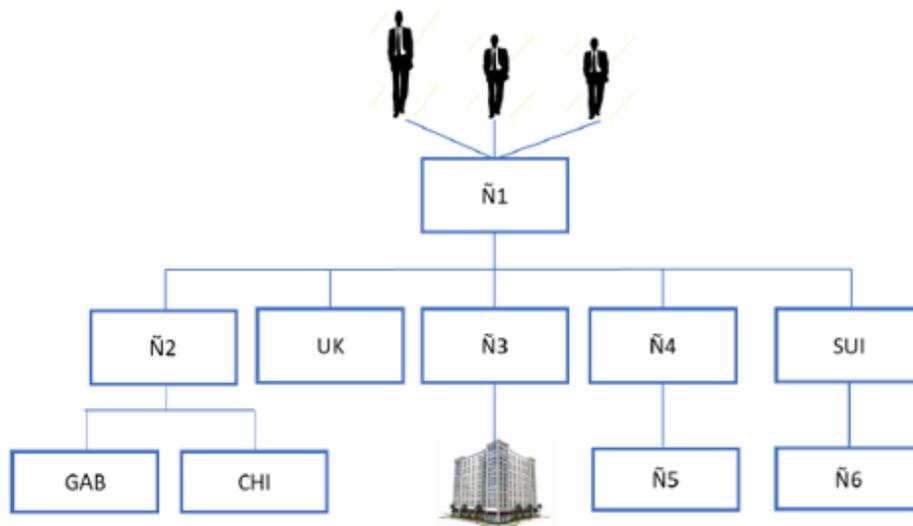
El presente informe pretende analizar las distintas cuestiones jurídicas del grupo familiar español (la “Familia”) en adelante (“**el Cliente**”) desde el punto de vista fiscal de los diferentes proyectos tanto de inversión como de desinversión que plantea el caso, así como cualquier otra operación que sea necesaria su estudio. Las cuestiones por analizar se estudiarán tanto en torno a la imposición directa como indirecta, para una vez llegados a este punto, poder resaltar las cuestiones controvertidas y fundamentar el motivo de la elección elegida, explicando los pros y contras de esta, así como las posibles actuaciones para poder mitigar los posibles riesgos. Por último, se expondrán las conclusiones respecto a las recomendaciones efectuadas a nuestro Cliente ante las cuestiones suscitadas.

3. CUESTIONES FISCALES

3.1 Ñ1

Tal y como se ha identificado previamente, la intención de nuestro Cliente es que las diversas operaciones se efectúen con el menor riesgo y coste fiscal posible.

Ñ1, es la sociedad holding de un grupo familiar español. Los titulares son un padre y sus dos hijos, el padre posee el cincuenta por ciento (50%) y sus dos hijos un veinticinco por ciento (25%) ambos respectivamente en el caso de personas físicas y una participación del cien por cien (100%) cuando se trata de personas jurídicas. Por consiguiente, la estructura quedaría de la siguiente forma:



Como punto de partida, para poder empezar a desgranar todas las peculiaridades fiscales que posee este caso, debemos primero entender bien el significado de holding y las posibles implicaciones fiscales que conlleva.

No existe en el ordenamiento jurídico español una definición de esta tipología de sociedades de capital. En principio, entendemos que **holding**¹ es aquella sociedad de capital (anónima o de responsabilidad limitada) cuyo objeto social consiste exclusivamente en la tenencia de valores de otras sociedades; en este sentido, la sociedad holding opera como la sociedad matriz en un entramado complejo de sociedades participadas y vinculadas, y sus implicaciones fiscales alcanzan a todo el sistema tributario español, en concepto de Impuesto sobre Sociedades (en adelante, "IS"), Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, "IP"), Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, "IVA") y, por supuesto, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (en adelante, "ITP") y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, "AJD").

¹ Memento fiscal, Lefebvre, apartado 14937.

Como sociedad sujeta a las reglas constitutivas 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 (en adelante, “LSC”), la formación de la sociedad (documentación del contrato o acto unilateral en escritura pública) es hecho imponible sujeto a la modalidad de Obligaciones Sociales, en la medida en que cumple con los requisitos de la normativa (LITP art.19).

Al comenzar con el análisis, debemos tener en cuenta dos figuras de gran relevancia:

En primer lugar, el Régimen de Consolidación Fiscal, el cual viene recogido en el artículo 55 de la Ley 27/2014 de la Ley del Impuesto sobre sociedades (en adelante, “LIS”), el cual establece que:

- 1. Los grupos fiscales podrán optar por el régimen tributario previsto en el presente capítulo. En tal caso las entidades que en ellos se integran no tributarán en régimen individual.*
- 2. Se entenderá por régimen individual de tributación el que correspondería a cada entidad en caso de no ser de aplicación el régimen de consolidación fiscal.*

Gracias al cual, podemos ver que la aplicación del régimen de consolidación fiscal es voluntaria, siendo suficiente un acuerdo entre todas las sociedades integrantes del grupo fiscal. Estos acuerdos, deben cumplir con una serie de requisitos:

- Deben ser adoptados por el Consejo de Administración, o cualquier otro órgano de la misma naturaleza si la sociedad no tiene forma mercantil.
- Deben ser tomados en cualquier fecha dentro del periodo impositivo inmediato anterior al que sea de aplicación dicho régimen.
- Surtirán efectos siempre que no sean impugnados ni susceptibles de serlo.

Es muy importante tener en cuenta, que dichos requisitos deben ser igualmente cumplidos por las sociedades que se vayan incorporando al grupo. Y, deberá la sociedad dominante (Ñ1) comunicar dichos acuerdos a la Administración tributaria siempre con anterioridad al inicio del periodo impositivo en que dicho régimen le vaya a ser de aplicación.

Así, según el artículo 56 de la LIS, Ñ1 como dominante del grupo residente en territorio español, será la representante del grupo fiscal sujeto al cumplimiento de las obligaciones tributarias materiales y formales que se deriven de dicho régimen. Y, por lo tanto, cada entidad que forma parte del grupo renunciará al régimen individual que le sería aplicable para tributar junto con el resto de las empresas integrantes como un solo contribuyente.

Para poder consolidar fiscalmente, es necesario que se cumpla lo establecido en el artículo 58 de la LIS, por el cual para que exista un grupo fiscal es necesario que exista una sociedad matriz dominante, que en este caso sería Ñ1 y formarían parte del grupo consolidado todas aquellas sociedades residentes en territorio español que estén participadas directa o indirectamente, en al menos un 75% por Ñ1, y tengan la forma de sociedad anónima, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones, así como las fundaciones bancarias.

Consecuentemente, el grupo fiscal en el que correspondería la aplicación del régimen de consolidación fiscal (artículos 55 - 75 LIS) estaría compuesto por: Ñ1, Ñ2, Ñ3, Ñ4, Ñ5 y Ñ6. El resto de las sociedades (GAB, CHI, UK y SUI), al no cumplir el requisito de residencia del artículo 58.4 de la LIS, no podrán acogerse a dicho régimen.

Así, respecto a cuándo resultaría atractivo optar por este régimen, debemos decir que sería cuando dentro del grupo, existen sociedades que generan beneficios y otras sociedades que generan pérdidas, tal y como sucede en este caso, ya que a través de la consolidación fiscal se permite compensar resultados entre ambas, siempre dentro del mismo ejercicio. Con esto, conseguiremos poder anticipar la compensación de pérdidas sin necesidad de que la sociedad que las obtuvo vuelva a obtener resultados positivos y, además, podrá suponer un ahorro fiscal importante, ya que los grupos no pueden utilizar las pérdidas en sus participadas para reducir su base imponible mediante deterioros fiscales de cartera.

Aunque, teniendo en cuenta la limitación existente a partir de 2016, que consiste en que las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos siguientes con el límite del 70% de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización (artículo 25 LIS), con una franquicia mínima de compensación de un millón de euros por ejercicio. Con esta medida se permite reducir la base imponible en función del incremento de fondos propios (básicamente beneficios no distribuidos), debiendo mantenerse dicho incremento en el balance durante cinco ejercicios.

A efectos prácticos, se aplica la siguiente fórmula:

Base de la reducción = Incremento de fondos propios = [(fondos propios al cierre del ejercicio – resultado del ejercicio) – (fondos propios al inicio del ejercicio – resultado del ejercicio anterior)]

Una vez determinada la base de la reducción, el importe de la reducción en la base imponible sería el 10% de la citada base.

Ejemplo

La entidad Ñ1 obtiene en el ejercicio N+1 un resultado contable antes del IS de 100, no estando obligada a realizar ninguna corrección al resultado contable (artículo 10.3 de la LIS). Los beneficios del ejercicio N que no han sido distribuidos ascienden a 50, y dicho importe de 50 es el incremento de los fondos propios del ejercicio N+1 para la aplicación de la reserva de capitalización. La entidad Ñ1 tiene bases imponibles negativas de ejercicios anteriores pendientes de aplicación por importe de 30.

Base de la reducción = Incremento de fondos propios = 50

Importe de la reducción = 5 (10% s/ 50)

Base imponible positiva previa = 100

Límite de la reducción por reserva de capitalización: 10 (10% s/ 100)

Importe de la reducción (5) < Límite de la reducción (10)

Base imponible positiva previa = 100

Reducción por reserva de capitalización = 5

Compensación de bases imponibles negativas: 30 (importe inferior a 1 millón de euros) Base imponible: 65

En este ejemplo, existe base imponible suficiente para aplicar la reducción por reserva de capitalización en su importe máximo.

Este régimen también permite que las operaciones realizadas entre las empresas del grupo no estén sometidas a las obligaciones documentales propias de las operaciones vinculadas ni estén sujetas a retención, lo cual conlleva importantes ahorros burocráticos y financieros para el grupo.

Hasta ahora, hemos destacado las ventajas propias de este régimen fiscal, para dejar para lo último, las desventajas, pues como todo, tiene su parte menos conveniente. Destacable es, que a la hora de que alguna de las entidades del grupo se encuentre en un supuesto de inspección, se interrumpiría la prescripción tributaria de todas y cada una de las sociedades integrantes del mismo. También, se puede ver como una desventaja que el cómputo a nivel de grupo de la franquicia mínima es igualmente de un millón de euros de deducción de gastos financieros y compensación de pérdidas sin hacer diferenciación respecto al número de sociedades que forman parte del grupo.

Entendemos en este caso, que aplicaríamos el régimen de consolidación fiscal por el que las distintas sociedades que lo integran se consideran a efectos del IS como un sujeto pasivo único, tributando el grupo por la suma de las bases imponibles de las sociedades integrantes. Y, quedando las sociedades que no forman parte del grupo de consolidación fiscal, acogidas al régimen individual del artículo 55.2 de la LIS.

En segundo lugar, el Régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, el cual se encuentra regulado en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de la LIS.

La aplicación de este se realizará en atención al artículo 76 y siguientes de la LIS en caso de cumplir los preceptos establecidos. La ley requiere que se opte por él en atención a las siguientes reglas:

- En las operaciones de fusión o escisión, dicha opción se incluirá en el proyecto y en los acuerdos sociales de fusión o escisión de las entidades adquirentes y transmitentes que tengan su residencia fiscal en España.
En el supuesto del artículo 84 de la LIS, y cuando ni la entidad adquirente ni transmitente tengan su residencia fiscal en España, la opción deberá ejercerse por la entidad adquirente y dicha transmisión deberá constar en Escritura Pública.
- En las aportaciones no dinerarias o de canje de valores, la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en un acuerdo social o, en Escritura Pública.

Respecto a los dividendos que reciban la “Familia” tributarán como rendimientos de capital mobiliario en su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, “IRPF”), recogidos en los artículos 25 y 26 Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, “LIRPF”). En este caso, tienen la consideración de rendimientos íntegros los rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de todas las entidades en las que participan:

- o Los dividendos
- o Las primas de asistencia a juntas
- o Las participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad.

Estos rendimientos íntegros se minorarán por el importe de gastos deducibles y reducciones obteniendo así, el rendimiento neto reducido.

3.2 Ñ2

Es una sub-holding española, titular de la totalidad de las participaciones de dos filiales operativas no residentes, dedicadas a la gestión de infraestructuras y con sendos proyectos en Gabón y Chile, donde son residentes fiscales dichas filiales.

Dichas filiales no son residentes fiscales en España, sino que son residentes fiscales en Gabón y Chile (en adelante, "GAB y CHI"). Por lo que, la normativa que debemos revisar en este caso es el Convenio de Doble Imposición Internacional (en adelante, "CDII") entre el Reino de España y los dos estados donde se encuentran las filiales (África y América del Sur), respectivamente.

3.2 A) GAB

La participación en GAB, sociedad residente en Gabón, se adquirió en enero de 2010. Desde entonces, GAB opera una concesión en el puerto de Libreville. En enero de 2017, en el marco de un acuerdo fiscal firmado con el Estado gabonés, se concedió a GAB una exención fiscal muy amplia, vigente a fecha de hoy, que incluye impuestos directos, indirectos y locales, que se ha aplicado en el periodo impositivo 2017 y siguientes.

En 2020, Ñ2 se está planteando la venta de la totalidad de su participación en la sociedad gabonesa GAB, que nunca ha distribuido beneficios y, desde su adquisición, ha acumulado unas reservas 34 millones de euros, con el siguiente detalle:

- Beneficio 2010: 2 millones de euros.
- Beneficio 2011: 2 millones de euros.
- Beneficio 2012: 2 millones de euros.
- Beneficio 2013: 3 millones de euros.
- Beneficio 2014: 4 millones de euros.
- Beneficio 2015: 3 millones de euros.
- Beneficio 2016: 3 millones de euros.
- Beneficio 2017: 5 millones de euros.
- Beneficio 2018: 5 millones de euros.
- Beneficio 2019: 5 millones de euros.

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

En el caso de Gabón, no existe CDII entre África y España, por lo que, los dividendos quedarán sometidos al gravamen que prevea la normativa interna de dicho estado, sin

limitación. Así, frente a las rentas de esta filial, deberemos estar a lo establecido en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes y, supletoriamente a la LIRPF y a la LIS (artículo 3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, (en adelante, “LIRNR”). Además, en atención al artículo 11 de la Ley General Tributaria (en adelante, “LGT”):

“Los tributos se aplicarán conforme a los criterios de residencia o territorialidad que establezca la ley en cada caso. En su defecto, los tributos de carácter personal se exigirán conforme al criterio de residencia y los demás tributos conforme al criterio de territorialidad que resulte más adecuado a la naturaleza del objeto gravado”.

Para evitar la doble imposición respecto de dichas rentas, la normativa española había recogido tradicionalmente el método de imputación, si bien, a partir de 2015 podemos decir que el método general de corrección de la doble imposición es el de exención. Quedando como único método disponible para corregir la doble imposición nacional, y resultando alternativo en el ámbito internacional al método de imputación.

Se produce entonces, una de las aportaciones más relevantes de la reforma fiscal de 2015²: la unificación bajo el artículo 21 LIS de ambas exenciones destinadas a evitar la doble imposición, estableciendo así requisitos comunes para su corrección y aplicación de la doble imposición de dividendos y plusvalías, con independencia de su origen. Diferencia ésta con gran trascendencia respecto a la legislación anterior, la cual hacía diferenciación entre residentes y no residentes.

Así, actualmente, quedaría como único método, el método de exención. Recogido en el artículo 21 LIS permitiendo dejar exentos (es decir, el ingreso contable correspondiente se ajusta negativamente en la base imponible) los dividendos y plusvalías que procedan de las participaciones que cumplan las siguientes características:

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. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que

² Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 39-2015/ 66-82 - Comentarios a la nueva exención para evitar la doble imposición en el impuesto sobre sociedades español: impacto en grupos españoles e internacionales y otros inversores – abogado Pere M. Pons

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.

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.

A estos efectos, se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella.

Se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.

En ningún caso se entenderá cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas.

Este requisito debe analizarse en el ejercicio en que se obtuvieron los beneficios de la transmisión de GAB que ahora Ñ2 recibe (bien en forma de dividendo o en forma de plusvalía derivada de la venta).

En nuestro caso, al tratarse de la transmisión de la participación en GAB, debemos estar a lo establecido en el artículo 21.3 LIS, la cual, exige que se cumplan los preceptos del artículo 21.1 de la LIS con la particularidad de que el requisito previsto en la letra a) deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión. Y, el requisito de la letra b) deberá ser cumplido en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación (de 2010 a 2020).

Pues bien, el primer requisito se cumple, ya que la sociedad residente en Gabón se adquirió en 2010, y se va a transmitir en 2020, por lo que han pasado 10 años. Conjuntamente, la participación es superior al 5% (es del 100% en todos los ejercicios de tenencia de la participación).

Y, como último requisito se exige que la filial no residente esté sujeta a un impuesto análogo al IS, en este caso, en África a un tipo impositivo de mínimo el 10%. Es en este punto, donde se encuentra la controversia, ya que GAB goza de una exención fiscal muy amplia, que incluye impuestos directos, indirectos y locales, desde el ejercicio 2017 hasta hoy y, por lo tanto, no se cumpliría dicho requisito. Como consecuencia, deberemos estar lo establecido en el artículo 21.3 LIS:

“No obstante, en el caso de que el requisito previsto en la letra b) del apartado 1 no se cumpliera en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de la participación, la exención prevista en este apartado se aplicará de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Respecto de aquella parte de la renta que se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, se considerará exenta aquella parte que se corresponda con los beneficios generados en aquellos ejercicios en los que se cumpla el requisito establecido en la letra b) del apartado 1.

b) Respecto de aquella parte de la renta que no se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, la misma se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante el tiempo de tenencia de la participación, considerándose exenta aquella parte que proporcionalmente se corresponda con la tenencia en los ejercicios en que se haya cumplido el requisito establecido en la letra b) del apartado 1.

Del anterior precepto, podemos ultimar que el legislador nos permite aplicar la deducción que corresponda a los beneficios no distribuidos de los periodos impositivos en los que el precepto se entiende cumplido. Por lo tanto, podremos aplicar la exención del artículo 21 LIS únicamente para los ejercicios comprendidos entre 2010 y 2016 ambos inclusive. Sin embargo, no podremos aplicar la exención en los ejercicios 2017 y siguientes.

Respecto a las plusvalías tácitas, creemos que pueden ser encuadradas en el precepto b, por lo que entenderemos que ha sido generada de forma lineal, considerándose exenta la parte proporcional que corresponda de la misma por la tenencia de la participación desde el ejercicio 2010 hasta el ejercicio 2016 inclusive y, de igual forma, que con los beneficios, no podrán acogerse a la exención en la proporción que corresponda de las plusvalías tácitas correspondientes a los ejercicios 2017 y siguientes.

Por último, no podemos olvidar las excepciones contempladas por la Ley, recogidas en el artículo 21.5 LIS que establece la no aplicación de la exención del artículo 21.3. La que en este supuesto podría afectarnos, es la contemplada en el apartado a), por la que, el único requisito para aplicar la exención total es que la sociedad transmitida no tenga la

consideración de patrimonial de acuerdo con la LIS. Es decir, que no se trate de una entidad en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores (fondos de inversión, bonos, acciones cotizadas y otras inversiones), o por activos no afectos a una actividad económica.

Entendemos en este punto, que, al no haberlo especificado el Cliente, no se trata de una entidad patrimonial. Si por el contrario lo fuera, el Cliente debe tener en cuenta que no podría acogerse a la exención de forma total respecto a las rentas derivadas de la transmisión de la participación al no poderse considerar exenta la parte de la renta total que proporcionalmente corresponda a la entidad patrimonial³ tal y como ha establecido la Dirección General de Tributos (en adelante, “DGT”) en numerosas consultas tales como, V1141-19, V2717-19 y V2133-19.

La exención, por consiguiente, aplicada al caso, sólo se emplearía sobre la parte de la ganancia que corresponden a reservas (34 millones de euros). El resto, plusvalías tácticas (20 millones) y dividendos quedaría gravada por IS.

Por el contrario, los cálculos resultantes de las conclusiones anteriormente mencionadas sin que GAB sea considerada como entidad patrimonial, quedarían de la siguiente forma:

Beneficios exentos (2010-2016)	19 millones de euros.
Beneficios no exentos (2017-2019)	15 millones de euros

Plusvalías tácitas	20 millones de euros / 10 años	2 millones de euros cada año
Plusvalías tácitas exentas (2010-2016)	7 años x 2 millones de euros	14 millones de euros
Plusvalías tácitas no exentas (2017-2019)	3 años x 2 millones de euros	6 millones de euros.

Respecto a la venta, tributa igualmente por IS. La transmisión se tendría en cuenta en la base imponible del IS, de forma que se calcularía la diferencia entre el precio de adquisición y de transmisión y se añadiría a la base imponible del impuesto.

$VA - VT = 95 \text{ millones} - 35 \text{ millones} = 60 \text{ millones de euros.}$

³ Garrigues opina – El régimen de exención en el Impuesto sobre Sociedades y la transmisión de “entidades patrimoniales”. 23/03/2016

3.2 B) CHI

Por su parte, la sociedad CHI fue constituida en noviembre de 2019. Pese a que su ejercicio social fue de apenas dos meses, CHI obtuvo un beneficio relevante en 2019 y, actualmente, se está planteando la distribución de un dividendo de 3 millones de euros a su socio único, la sociedad española Ñ2.

Y de igual forma que en GAB, podrá Ñ2 acogerse a la exención del artículo 21 de la LIS si cumple los requisitos de este en el momento CHI que distribuya los dividendos. Siendo la controversia en este caso, el periodo de tenencia de la participación durante un año (artículo 21.a LIS). Sin embargo, el mismo precepto establece la excepción de permitirte acogerte a la misma si la mantienes hasta completar dicho periodo. En relación con el segundo requisito, se entiende cumplido, pues el mismo precepto establece que:

“Se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información”.

Ya que, en este caso, sí existe CDII entre el Reino de España y Santiago de Chile e, igualmente, posee en su artículo 25 el compromiso correspondiente al intercambio de información. Así, podemos concluir, que se cumplen con los requisitos exigidos. Por lo que Ñ2 podrá acogerse a la exención prevista.

Una vez analizadas las implicaciones tributarias y llegados a este punto, nos encontramos en disposición de adentrarnos en la contestación a la cuestión planteada por el Cliente de cuándo recomendaríamos la distribución de dicho dividendo dentro del periodo impositivo actual en caso de que la sub-holding española liquidara el pago fraccionado del IS conforme a la modalidad de base.

Para resolver esta cuestión debemos atenernos a lo establecido en el artículo 40 de la LIS, el cual establece que:

1. En los primeros 20 días naturales de los meses de abril, octubre y diciembre, los contribuyentes deberán efectuar un pago fraccionado a cuenta de la liquidación correspondiente al período impositivo que esté en curso el día 1 de cada uno de los meses indicados.

No deberán efectuar el referido pago fraccionado ni estarán obligadas a presentar la correspondiente declaración las entidades a las que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 29 de esta Ley.

2. La base para calcular el pago fraccionado será la cuota íntegra del último período impositivo cuyo plazo de declaración estuviese vencido el primer día de los 20 naturales a que hace referencia el apartado anterior, minorado en las deducciones y bonificaciones que le fueren de aplicación al contribuyente, así como en las retenciones e ingresos a cuenta correspondientes a aquél.

Cuando el último período impositivo concluido sea de duración inferior al año se tomará también en cuenta la parte proporcional de la cuota de períodos impositivos anteriores, hasta completar un período de 12 meses.

La cuantía del pago fraccionado previsto en este apartado será el resultado de aplicar a la base el porcentaje del 18 por ciento.

“Para que la opción a que se refiere este apartado sea válida y produzca efectos, deberá ser ejercida en la correspondiente declaración censal, durante el mes de febrero del año natural a partir del cual deba surtir efectos, siempre y cuando el período impositivo a que se refiera la citada opción coincida con el año natural”.

Entendemos que cumple los requisitos para poder efectuar la modalidad de pagos fraccionados, ya que no se encuentra en las entidades que refleja el artículo 29 en sus apartados cuarto y quinto. Por lo tanto, debemos decir, que para que la opción sea válida, la modalidad del pago fraccionado se puede optar o modificar en el mes de febrero presentando el modelo 036 de declaración censal, siempre que el período impositivo al que se refiere la citada opción coincida con el año natural; si no, el plazo será de dos meses a contar desde el periodo impositivo o dentro del plazo entre este inicio y la finalización del plazo para efectuar el primer pago fraccionado correspondiente al referido período impositivo cuando este último plazo fuera inferior a dos meses. Tal y como sucede en este caso, pues el período impositivo comienza en noviembre de 2019. Se presenta en los 20 primeros días naturales de los meses de abril, octubre y diciembre mediante la presentación del Modelo 222 al tratarse de grupo. Y, sólo será obligatorio presentarlo, si existen ingresos salvo que sea una gran empresa con una cifra de negocios superior a 6 millones de euros, que entonces, deberá presentarlo obligatoriamente. Dicha obligación concierne a la sociedad dominante, Ñ1, que es quien lo debe presentar.

Para su cálculo, debemos proceder a lo establecido en el artículo 40.2 de la LIS mencionado anteriormente. La primera modalidad⁴, es la modalidad aplicable con carácter general, en función de la cuota líquida de la última declaración. Por la cual, sobre la cuota íntegra del último ejercicio presentado, en este caso 2019, aplicaremos un 18%. Esta sería la modalidad que aplica la Ley por defecto. La cual, en este caso, no

⁴ Modalidad de pagos fraccionados. Web de la Agencia tributaria.

existiría obligación de ser presentada ya que estamos ante el primer ejercicio económico de la entidad y por ello, sería imposible su aplicación al ser la cuota igual a cero. No obstante, se puede optar por la segunda modalidad (modalidad de bases). Como en este caso, el cliente nos pregunta por la modalidad de bases, profundizaremos más el estudio fiscal en este caso, para lo cual, deberemos estar a lo establecido en el artículo 40.3 de la LIS, el cual establece que:

“3. Los pagos fraccionados también podrán realizarse, a opción del contribuyente, sobre la parte de la base imponible del período de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural determinada según las normas previstas en esta Ley.

Los contribuyentes cuyo período impositivo no coincida con el año natural realizarán el pago fraccionado sobre la parte de la base imponible correspondiente a los días transcurridos desde el inicio del período impositivo hasta el día anterior al inicio de cada uno de los períodos de ingreso del pago fraccionado a que se refiere el apartado 1. En estos supuestos, el pago fraccionado será a cuenta de la liquidación correspondiente al período impositivo que esté en curso el día anterior al inicio de cada uno de los citados períodos de pago.

Para que la opción a que se refiere este apartado sea válida y produzca efectos, deberá ser ejercida en la correspondiente declaración censal, durante el mes de febrero del año natural a partir del cual deba surtir efectos, siempre y cuando el período impositivo a que se refiera la citada opción coincida con el año natural. En caso contrario, el ejercicio de la opción deberá realizarse en la correspondiente declaración censal, durante el plazo de 2 meses a contar desde el inicio de dicho período impositivo o dentro del plazo comprendido entre el inicio de dicho período impositivo y la finalización del plazo para efectuar el primer pago fraccionado correspondiente al referido período impositivo cuando este último plazo fuera inferior a 2 meses.

El contribuyente quedará vinculado a esta modalidad del pago fraccionado respecto de los pagos correspondientes al mismo período impositivo y siguientes, en tanto no se renuncie a su aplicación a través de la correspondiente declaración censal que deberá ejercitarse en los mismos plazos establecidos en el párrafo anterior.

No obstante, estarán obligados a aplicar la modalidad a que se refiere este apartado los contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios haya superado la cantidad de 6 millones de euros durante los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el período impositivo al que corresponda el pago fraccionado.

La cuantía del pago fraccionado previsto en este apartado será el resultado de aplicar a la base el porcentaje que resulte de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto. De la cuota resultante se deducirán las bonificaciones del Capítulo III del presente título, otras bonificaciones que le fueren de aplicación al contribuyente, las retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los

ingresos del contribuyente, y los pagos fraccionados efectuados correspondientes al período impositivo”.

Justamente, el cálculo en este caso se realizará en función de la de la base imponible del periodo de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural deduciendo las bonificaciones, las retenciones e ingresos a cuenta practicados, así como los pagos fraccionados efectuados. Esta modalidad se aplicará obligatoriamente en entidades cuya Cifra de Negocios sea superior a 6 millones de euros.

Respecto a la cuestión planteada por el Cliente de cuándo recomendaríamos que se produjese la distribución de dicho dividendo dentro del período impositivo actual. Creemos que basándonos en los preceptos establecidos en la Ley y en caso de que la sub-holding española liquidara el IS conforme a la modalidad de base, repartiría el dividendo en diciembre, ya que si la sociedad perceptora (Ñ2) factura a partir de 10 millones de euros, los pagos fraccionados sí podrían incluir el dividendo (DA 14ª LIS) independientemente de la aplicación de la exención propia del art. 21 LIS.⁵

En concreto:

1. El cálculo de los pagos a cuenta se calcula sobre el 24% la base imponible acumulada de cada periodo de liquidación, la cual, no incluiría los dividendos por estar exentos.
2. Del resultado contable acumulado, los pagos fraccionados deben suponer como mínimo el 23% de éste. A diferencia de lo anterior, en este caso sí entrarían en juego los dividendos.

En caso de ser de aplicación este mínimo (contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios en los 12 meses anteriores a la fecha en la que se inicie el periodo impositivo, sea al menos 10 millones de euros), circunstancia que se da muy a menudo, el pago fraccionado supondrá un anticipo a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, “AEAT”), ya que estaremos realizando un ingreso que no podrá recuperarse hasta la presentación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades en el mes de julio del siguiente ejercicio, con el consiguiente coste financiero y coste de oportunidad.

Debido a lo expuesto anteriormente, parece recomendable, a fin de evitar esta situación, que la filial CHI espere, salvo que haya circunstancias que obliguen a anticipar la decisión, al mes de diciembre para repartir el dividendo. Ya que, dicho mes es el único que no se tiene en cuenta para calcular los pagos fraccionados ya que se calcula sobre

⁵ Dejemos para diciembre el reparto del dividendo. CCS abogados. Consultado el 18 de noviembre de 2020.

el resultado acumulado de noviembre, con lo que se evita anticipar fondos a la AEAT (art. 40. 3º LIS).

3.3 UK

La filial UK, residente en el Reino Unido, se dedica a la actividad de las telecomunicaciones. En este momento se está planteando adquirir a una sociedad española una serie de activos situados en territorio español, que bien podrían tener la calificación de bien mueble o inmueble (por cuanto tienen un componente concesional). Asimismo, existen dudas razonables de si el conjunto de los activos que se están planteando adquirir son susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en sede del transmitente.

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

Bien, el tratamiento en imposición indirecta de bienes muebles, inmuebles y como conjunto de activos que constituyen una unidad económica autónoma es muy diferente. Por ello, vamos a proceder a su estudio de forma individualizada alertando de las ventajas y de los inconvenientes de cada opción.

Lo primero que debemos tener en cuenta, es que Reino Unido abandonó la Unión Europea (en adelante, “UE”) el 31 de enero de 2020, por lo que ahora, se encuentra en periodo transitorio, tras su Acuerdo de retirada de la UE⁶. La Comisión Europea emitió el 16 de abril una nota dirigida a todas las partes interesadas en el acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión Europea. El objeto de la nota es analizar la normativa europea que resultará aplicable a efectos de IVA a las entregas de bienes, una vez finalizado el periodo transitorio, esto es, aplicable a efectos de IVA en las entregas de bienes realizadas a partir de enero de 2021.

En este sentido, como la elaboración de este informe se realiza en el periodo de transición, vamos a proceder al estudio de las dos posibilidades (dentro y fuera de la UE) para que así el cliente pueda reparar que en esta operación el momento es

⁶ Web de la agencia Tributaria. Información General de IVA.
https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Campanas/IVA/_INFORMACION/Informacion_General/El_IVA_y_el_BREXIT.shtml

determinante para su tratamiento fiscal y así, poder realizarlo durante el mismo o, esperar a enero de 2021 para realizarlo.

Primero, si se adquiere un bien mueble⁷ mientras Reino Unido pertenece a la UE, se trataría de una entrega intracomunitaria de bienes, la cual, consiste en la entrega de bienes expedidos o transportados desde la península o Baleares hasta otros Estados miembros de la UE distintos de España. Esta operación se encuentra sujeta, pero exenta (artículo 25 LIVA) en el territorio de aplicación del IVA español. Ya que, es una entrega de bienes definida en el artículo 8 LIVA⁸, expedidos o transportados⁹ por el vendedor (empresa española) al territorio de otro Estado miembro (UK), y, el adquirente es un empresario o profesional identificado a efectos del IVA en un Estado miembro distinto del Reino de España.

Además, para acogerse a la exención, la adquisición intracomunitaria de los bienes deberá estar sujeta en el Estado miembro de llegada, de acuerdo con los criterios establecidos en la Directiva 2006/112/CE y en la normativa nacional de trasposición de esta.

Respecto a las obligaciones de declaración del IVA devengado, en este caso, al tratarse de una operación no sujeta, pero exenta tiene la obligación de declararlo el proveedor, en este caso la empresa española (modelo 303 y 322). Asimismo, deberá tener un número de operador intracomunitario (NIF-IVA) e informar la operación en el modelo 349, indicando el número de operador intracomunitario (VAT number) del cliente, en este caso, la filial de UK. Ésta, tendrá que declarar el IVA devengado en la adquisición

⁷ Consulta Vinculante DGT V3247-14.

⁸ Iberley. Entregas comunitarias de bienes a efectos de tributación por el Impuesto sobre el Valor Añadido. Última revisión: 06/02/2020. <https://www.iberley.es/temas/entregas-intracomunitarias-bienes-iva-24231>

⁹ A partir del 6 de febrero de 2020, con la publicación del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, se modifica el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre. A efectos de justificar el transporte de los bienes adquiridos imprescindible para poder efectuar la exención, se modifican los apartados 2 y 3, y el número 1.º del apartado 4, del artículo 13, que quedan redactados de la siguiente forma:

«2. La expedición o transporte de los bienes al Estado miembro de destino se justificará por cualquier medio de prueba admitido en derecho y, en particular, mediante los elementos de prueba establecidos en cada caso, por el artículo 45 bis del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, según haya sido realizado por el vendedor, por el comprador o por cuenta de cualquiera de ellos.

3. La condición del adquirente se acreditará mediante el número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido que suministre al vendedor.» (Lo que señala como imprescindible para poder aplicar la exención que el adquirente esté en posesión de un NIF-IVA asignado por la Administración española).

intracomunitaria en el Estado miembro de llegada de los bienes, Reino Unido. E igualmente, deberá disponer de un número de operador intracomunitario (VAT number) en dicho Estado miembro.

Respecto a la factura, deberá ser emitida con el NIF-IVA español, y no llevará IVA. Deberá incluir una referencia al artículo 25. Uno de la LIVA y/o indicar que la operación está exenta (art. 6.1.j) del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre) en España y tributará en destino, en UK.

Sin embargo, si la adquisición del bien mueble se realiza cuando Reino Unido ya no forma parte de la UE (a partir del 1 de enero de 2021), los flujos de bienes entre España y Reino Unido ya no se considerarán operaciones intracomunitarias sino importaciones o exportaciones y, comenzarán a estar sujetos a las formalidades aduaneras correspondientes.¹⁰

Debido a esto, los bienes que sean transportados desde el territorio de aplicación del IVA español al Reino Unido serán exportaciones y estarán sujetos pero exentos de IVA. En este caso, el exportador (empresa española) deberá presentar en la Aduana española la Declaración aduanera, para lo cual, necesita disponer de un número de registro e identificación de los operadores económicos (número EORI) asignado por la autoridad aduanera. Asimismo, debe declarar la base imponible del impuesto en la casilla 60 del modelo 303, casilla 72 del modelo 322.

Para finalizar, la factura emitida no lleva IVA y, deberá incluir una referencia al artículo 21 de la Ley 37/1992 e indicar que la operación está exenta en virtud del art. 6.1.j del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre.

En segundo lugar, tenemos la opción de que la filial de UK adquiera un bien inmueble. En este caso, el tratamiento será idéntico tanto si UK es país comunitario o no. Ya que al ser un bien inmueble, la tributación es en el lugar donde éste radique. Ahora bien, en este caso, la controversia se sitúa en distinguir si estamos en presencia de una primera adquisición de inmueble, transmisión realizada por el promotor tras la edificación del inmueble o ante una segunda transmisión, en cuyo caso estaría exento de IVA y tributaría por ITP, considerando, si en este caso cabe o no la renuncia de dicha exención.

Así, en el caso de que fuera primera entrega, la entrega estaría sujeta al 10% en el territorio de aplicación del IVA español. Y, es el vendedor (la empresa española) quien

¹⁰ Web de la Agencia Tributaria. Información General. El IVA y el BREXIT.

debe declarar el IVA devengado. Además, tributará por AJD en su cuota fija¹¹ y variable¹² a un 0,75% en Madrid.

En el caso de que no se produzca la adquisición, sino que se tratase de una cesión del bien inmueble, del cual no ha habido una primera transmisión a efectos de IVA, tendría entonces la consideración de prestación de servicios, estando por tanto sujeto y no exento de IVA. Asimismo, tributará por AJD si la operación se documenta en Escritura Pública.

Por el contrario, si se tratase de segunda entrega o entregas realizadas por el promotor de las edificaciones después de haber sido utilizadas ininterrumpidamente por un plazo igual o superior a dos años, no estaría gravada por IVA (exención artículo 20. Uno.22º LIVA), sino que estaría gravada por el Impuesto de transmisiones Patrimoniales (en adelante, "ITP") al tipo del 6% y por AJD¹³ en su cuota fija de Madrid que es donde está ubicado el inmueble.

Sin embargo, el Cliente, puede renunciar a dicha exención en los términos aplicados en el artículo 20. Dos LIVA¹⁴, es decir, cuando el adquirente sea un empresario o profesional que realice la operación dentro del ejercicio de su actividad económica y tenga derecho a efectuar la deducción total o parcial del impuesto soportado en la adquisición. Así, nos encontraríamos ante un caso de inversión del sujeto pasivo, el cual tiene la peculiaridad, de que es el adquirente el encargado de liquidar el impuesto, por lo que la filial de UK, será quien deberá declarar el IVA devengado.

Consideramos, que el cliente debería elegir esta opción, ya que el ITP no será en ningún caso deducible, sin embargo, el IVA podrá deducirlo en su totalidad.

En relación su tributación en AJD, en las primeras copias de escrituras que recoja de manera expresa la renuncia a la exención contenida en el artículo 20. Dos, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, se aplicará el tipo de gravamen del 1,5 %.

¹¹ Hace referencia al papel timbrado en el que deben extenderse los documentos notariales y se cifra en 0,30 euros por pliego y 0,15 por folio.

¹² Se aplica cuando el objeto de las escrituras es inscribible en los **Registros de la Propiedad**, Mercantil o Industrial y de Bienes Muebles; es decir, la cuota variable sí es aplicable a la compra de una vivienda. En este caso, la cantidad a pagar dependerá del porcentaje aprobado por cada Comunidad Autónoma, que **oscila entre el 0,5% y el 2%**.

¹³ El AJD y el ITP son incompatibles, de manera que las operaciones que se formalicen en documento notarial en las que se aplique el ITP estarán sujetas a la cuota fija del AJD pero libres de la variable.

¹⁴ Las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación en los términos indicados en el artículo 20. Uno. 22º. A) de la Ley 37/1992.

Por último, respecto a la factura emitida no llevará IVA y deberá contener la indicación de “inversión del sujeto pasivo” (art. 6.1m) del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre).

En tercer lugar, el Cliente plantea la posibilidad de que en su conjunto constituyan una unidad económica autónoma en sede del transmitente. La cual, en virtud del artículo 7 de la LIVA, establece que no está sujeta la transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan una unidad económica autónoma para el transmitente capaz de desarrollar una actividad económica por sus propios medios.

Para podernos acoger a dicha exención, es necesario que:

- la transmisión comprenda bienes tangibles e intangibles que sean susceptibles de funcionar de manera autónoma;
- el conjunto de los elementos que se transmiten debe estar afecto de forma previa al desarrollo de una actividad económica del transmitente; (Artículo 27.2 LIRPF) (Consultas DGT V2064-18 y V1570-16).
- el adquirente debe acreditar la intención de mantener la afectación de los elementos adquiridos para el desarrollo de una actividad empresarial o profesional. Para poder consolidar dicha sujeción, debemos acreditar propiamente la afectación. Y, si posteriormente, se produce la desafectación posterior de uno o varios de los elementos adquiridos, volverán a estar sujetos al IVA.

A estos efectos, es criterio de la DGT (Consultas V533-18 de 26 de febrero 2018 y V23/2010 de 18 de enero de 2010), que la transmisión posterior de todos o parte de los elementos adquiridos en virtud de una transmisión global del patrimonio empresarial o profesional no sujeta, no afecta a la no sujeción de la primera transmisión, que queda consolidada cuando se cumplan los requisitos previstos al efecto.

Las justificaciones de su exclusión de gravamen por la Ley a pesar de tratarse de operaciones empresariales son:

- De simplificación: la transmisión puede comprender numerosos bienes y servicios, a los que debería aplicarse separadamente su propia tributación.
- Económicas: para evitar el traslado al adquirente de una carga fiscal excesiva que podría tardar en recuperar.

Debemos recalcar que la ley nos habla de transmisión ya que no comprende la mera cesión de bienes.¹⁵ Justamente, la jurisprudencia comunitaria, establece que la no sujeción (que denomina en sus resoluciones «la no entrega») no se produce cuando se trata de una mera cesión de bienes, sino cuando comprende un conjunto de

¹⁵ Memento fiscal Lefebvre.

bienes suficiente para que el cesionario pueda continuar de manera duradera una actividad económica (TJUE 10-11-11, C-444/10, en el mismo sentido TEAC, 21-3-18); por su parte, para el Tribunal Supremo (en adelante, “TS”) lo decisivo es que se transmitan los elementos «precisos» para desarrollar una actividad económica bajo la titularidad y organización del adquirente (TS 28-11-13, EDJ 256927).

Por lo tanto, es fundamental para que se dé la no sujeción, que la transmisión constituya una unidad económica autónoma, y que ésta nunca se transmita a los solos efectos de la liquidación del patrimonio (TJUE 27-11-03, asunto Zita Modes Sàrl C-497/01).

Finalmente, es muy importante tener en cuenta, que, si la unidad autónoma consta de bienes muebles e inmuebles, tal como nos ha sugerido el cliente en sus pretensiones, éstos últimos, tienen la peculiaridad de que no tributaría por IVA (no sujeción) sin embargo, sí tributarían por TPO (art. 7.5 TRLITPyAJD). Supone la excepción de que a pesar de que es un supuesto de no sujeción, los inmuebles incluidos en esta transmisión universal se sujetan a TPO.

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

Como primer punto, nos centraremos en determinar qué estructuras de inversión podría llevar a cabo la filial de UK, teniendo en cuenta sus semejanzas y diferencias, para finalmente recomendar al cliente el vehículo de inversión que será más conveniente desde un punto de vista meramente fiscal¹⁶.

Se nos presentan varios escenarios posibles; por un lado, la inversión directa en España ya sea través de una filial o un Establecimiento Permanente (en adelante, “EP”) o bien, constituir una sociedad (NewCo).

La inversión directa se podría realizar a través de:

B.1) Sucursal: En realidad, es un establecimiento permanente que tiene una sociedad extranjera en España. No posee personalidad jurídica, ya que no supone una sociedad jurídicamente independiente, sino que es una delegación de esta en otro territorio. Se

¹⁶ Guía práctica fiscal: Cómo invertir en España. Uría Menéndez.

le puede asignar un determinado capital social y debe ser inscrito en el Registro Mercantil. Fiscalmente tributa por el Impuesto Sobre la Renta de No Residentes, pero calculado aplicando las reglas propias del IS.

Para determinar su base imponible, las operaciones entre la matriz y la sucursal se valoran a precios de mercado; no serán deducibles los pagos que efectúe a la matriz en concepto de intereses, comisiones, o por uso de bienes y derechos; sí serán deducibles los gastos que correspondan por llevar a cabo la dirección, siempre que estén correctamente contabilizados y justificados.

La matriz, sí podrá deducir las pérdidas originadas en sus sucursales e incluirá los beneficios, deduciendo el impuesto ya pagado por ellos.

B.2) Filial: Es una sociedad creada con aportaciones de capital por parte de la empresa matriz que se rige por las normas del estado donde se establece (en este caso, España), por lo que se entiende como residente. Posee personalidad jurídica propia e independiente de la matriz, es decir, posee autoridad jurídica propia pudiendo tener incluso un objeto social distinto y desarrollar actividades distintas a las de su matriz.

Las decisiones y actuaciones de ésta no afectan a su matriz lo cual puede ser muy interesante en lo que se refiere a reputación y responsabilidad.

Estarán sometidas a las leyes fiscales del estado de residencia, donde tributarán por sus propios impuestos. En España, las filiales están sujetas al IS y, deben cumplir la normativa contable del Plan General de Contabilidad y la obligación de presentar las cuentas en el Registro Mercantil.

Si quisiéramos constituir una nueva sociedad, le aconsejaríamos crear una de las siguientes:

B.2.1) Sociedad de Responsabilidad Limitada (“S.L.”): es la más utilizada, por su carácter personal (cerrado)¹⁷ y por su gran flexibilidad. Para constituirse precisa de un capital social mínimo de 3.000 €, las aportaciones podrán ser tanto no dinerarias como dinerarias. Dicho capital se divide en participaciones, las cuales, para transmitirse precisarán de escritura pública otorgada ante notario español. Asimismo, se caracterizan porque no cotizan en un mercado de valores organizado lo cual puede ser un impedimento para conseguir inversores externos en el futuro. Por último, respecto a la responsabilidad de los socios, ésta se limita al capital invertido (a excepción de los administradores de la sociedad cuya responsabilidad puede ser mayor).

¹⁷ La transmisibilidad de las participaciones tiene limitaciones y debe ofrecerse con carácter preferente a los socios que ya forman parte de la sociedad.

B.2.2) Sociedad Anónima (“S.A.”): A diferencia del anterior, este tipo societario es mucho más abierto, aunque algo menos flexible que la S.L. Precisa de un capital de constitución de 60.000, con posibilidad de desembolsar inicialmente un 25%. Igualmente, las aportaciones podrán ser tanto no dinerarias como dinerarias, con la diferencia de que las aportaciones no dinerarias deberán ser valoradas por un experto independiente designado por el Registro Mercantil, lo cual supondría una desventaja en cuanto a coste y tiempo. En este caso, el capital se divide en acciones, las cuales poseen mayor agilidad y flexibilidad para su transmisión, gracias a lo cual, podemos decir que este tipo societario es más abierto.¹⁸ Pueden cotizar y, de hecho, la mayor parte de las S.A. españolas son cotizadas. Por último, la responsabilidad también se limita al capital invertido (a excepción de los administradores de la sociedad cuya responsabilidad puede ser mayor).

Una vez llegados al punto de situación, el cliente nos pregunta qué estructura sería más recomendable y por qué, desde un punto de vista fiscal. Para lo cual es necesario, recordar que Reino Unido ya no forma parte de la UE en virtud del Acuerdo de Retirada firmado el 14 de noviembre de 2017 entre la Unión Europea y Reino Unido, y, pasado el periodo transitorio en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020, tras el cual Reino Unido será un país tercero y, por lo tanto, no se le podrá encuadrar dentro del marco común, ni le será de aplicación la normativa comunitaria. En este sentido, no le será de aplicación las Directivas “matriz-filial” y la Directiva 2003/49/CEE del Consejo, de 3 de junio de 2003 del régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones. Debido a esto, únicamente habrá que estar a lo establecido en el Convenio de Doble Imposición entre el Reino de España y el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Respecto a la creación de una NewCo, tanto la S.L. como la S.A. tributarían en España por las rentas generadas con independencia de su procedencia al tipo impositivo del IS en España, un 25%. Igualmente deberemos tener en cuenta que la constitución de una sociedad está sujeta por el ITPAJD según el artículo 19 de la Ley de ITPYAJD. Aunque, en virtud del artículo 45.B).11 estarán exentos en el supuesto de una constitución de una nueva sociedad. Por ello, podemos finalizar diciendo que la creación de una sociedad estaría sujeta y exenta de ITPAJD.

A fin de determinar el número de sociedades que se deben constituir, creemos que lo más conveniente teniendo en cuenta los costes de constitución, los gastos de personal y la inversión inicial, nuestra recomendación es la creación de una única sociedad.

¹⁸ Salvo acuerdo contrario en los estatutos de la sociedad.

En cuanto a la inversión directa, a la hora de determinar si es mejor una filial o un Establecimiento permanente o sucursal deberemos analizar las ventajas o implicaciones fiscales y la responsabilidad patrimonial frente a terceros de ambas.

En inversiones extranjeras, tal como se da en este supuesto, es relevante mencionar las directivas de la UE, en concreto, la que entró en vigor el 11 de octubre de 2020 en el Reglamento UE/2019/452 la cual, pretende controlar las inversiones extranjeras en los Estados Miembros y define la inversión extranjera directa como aquella que realiza un inversor de un tercer país ya sea persona física o jurídica, para crear o mantener vínculos directos entre este y la empresa a la que destina sus fondos. Consecuentemente, esta normativa será aplicable a Reino Unido una vez sea país tercero y no forme parte de la UE.

Entrando a fondo en las cuestiones planteadas por el cliente, respecto a los flujos derivados de la inversión inicial (i.e. intereses), si fuera a través de filial, en virtud del artículo 11 del CDI deberán someterse a imposición en España. No existiendo diferencia en la aplicación de la normativa comunitaria y del CDI, pues tanto los intereses como los cánones se encuentran exentos. Así como, los intereses referentes a la filial de UK no serán deducibles en virtud del artículo 15.j de la LIS.

En la aplicación del artículo 16 de la LIS se nos plantea la cuestión de cómo afecta esta limitación a los gastos financieros cuando estamos ante un grupo de sociedades que tributan bajo el régimen de consolidación fiscal. A lo que debemos ajustarnos a la casuística de que la entidad prestamista, la filial UK, no forma parte del grupo de consolidación fiscal de la entidad prestataria, la filial en España.

En este supuesto, vemos como ambas forman parte del mismo grupo mercantil, sin embargo, la filial de UK no cumple los requisitos para formar parte del perímetro de consolidación fiscal, ya que la filial UK no tiene su residencia en territorio español.

El endeudamiento se ha producido con una sociedad ajena al grupo fiscal por lo que no estamos ante una operación intragrupo, por lo que el gasto financiero de la filial española no sería deducible, ni puede plantearse su posible eliminación (artículo 14.2LIS)¹⁹.

Existen otra serie de gastos relevantes, como son los gastos de apoyo a la gestión recogidos en el artículo 18.5 de la LIS. Se producen en los grupos de sociedades, donde una de ellas asume gastos de los que se benefician el resto de las entidades del grupo, tales como, los gastos de administración, jurídicos, fiscales...). Estos gastos deben ser facturados a las entidades del grupo. En nuestro caso, para que dicho gasto que se

¹⁹ Novedad sustancia dentro del artículo 15 de la LIS, la no deducibilidad de determinados gastos. Resolución Vinculante núm. V1439/18 de 29 de mayo de 2018.

repercute a la filial pueda ser deducible, es preciso que los servicios produzcan una ventaja o utilidad.

Es importante recalcar que los servicios de apoyo a la gestión son distintos de los servicios profesionales, de ingeniería industrial o técnicos, ya que conceptualmente representan los gastos generales de administración y de dirección tal y como expresa la Sentencia de la Audiencia Nacional en el recurso 47/2000 de la sección segunda del 27 de junio de 2002.

Si fuera a través de establecimiento permanente, en virtud de los artículos 5 y 7 del CDI tributarán en España en la medida que sean imputables al mismo. Está igualmente exento y los intereses referentes a la filial UK tampoco serán deducibles²⁰, en virtud del artículo 15 de la LIS, ya que los pagos que realice el EP a la filial UK a título de cánones, intereses, comisiones, en contraprestación de asistencia técnica o por cesión de bienes o derechos no serán gastos deducibles. Por otro lado, sí se permitirá la deducibilidad de la parte razonable de los gastos de dirección y generales de administración en los que incurra la filial de UK que correspondan al EP. Para ello, habrá de cumplir una serie de requisitos²¹:

- Reflejo en los estados contables del EP
- Que quede constancia en la memoria informativa de los importes y criterios de reparto de los gastos.
- Racionalidad y continuidad de los criterios de imputación adoptados.

Requisitos sometidos a criterios más rigurosos que en el supuesto de las filiales para determinar su deducibilidad.

En el caso de una filial, respecto a los beneficios obtenidos en España, en virtud del artículo 7 del CDI: “los beneficios de una empresa de un Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en ese estado”.

Los dividendos, vienen recogidos en el artículo 10 del CDI por el cual *“los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

b) no obstante lo dispuesto en el subapartado a), estarán exentos de imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos cuando su beneficiario efectivo sea:

²⁰ Memento Lefebvre.

²¹ Memento Lefebvre.

(i) una sociedad residente del otro Estado contratante que controle, directa o indirectamente, al menos el 10 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos (en los casos distintos del mencionado en el subapartado a)“.

Vemos como el precepto legal se cumple, pues en todo caso es distinto al apartado a, ya que el beneficiario efectivo del dividendo será Ñ1. Y, la filial de UK participa de forma directa en más del 10% del capital de la filial en España, ya sea por inversión directa o por constitución de una nueva sociedad, por lo que entendemos que puede acogerse a la exención.

Situación que se repetirá con el reparto de dividendos en UK, ya que la normativa inglesa, independientemente de cual sea el Estado receptor de los dividendos que se distribuyen, no prevé retención en la fuente para los mismos. Por lo que finalmente tributará en España dicho reparto de beneficios al llegar a Ñ1, que en virtud del artículo 21 de la LIS estará igualmente exento al cumplir los requisitos del precepto.

En consecuencia, no tendrán obligación de retener en virtud del artículo 140 del RIS *“Los dividendos o participaciones en beneficios e intereses satisfechos entre sociedades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades.”* Ya que tanto la matriz en este caso Ñ1, como la filial, son residentes en España y forman parte del régimen de grupo de sociedades.

Asimismo, podrán acogerse a la deducción del artículo 30.2 del RIS para evitar la doble imposición, teniendo derecho a la deducción del cien por cien de las rentas que se computen como dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España.

En cambio, si se trata de un establecimiento permanente, los beneficios empresariales vienen recogidos en el artículo 7 del CDI, el cual establece que:

“Se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente”.

Estarán obligados a retener en virtud de los artículos 128.1 y 129 de la LIS y del artículo 62 del RIS las personas jurídicas y demás entidades no residentes, que operen en España mediante establecimiento permanente, que satisfagan o abonen rentas sujetas al IS.

Los dividendos, en virtud del artículo 10.5: *“Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado contratante, ese otro Estado no podrá exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la sociedad, **salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese***

otro Estado o la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.”

Por tanto, los EP que transfieran rentas al extranjero, les será exigible una imposición complementaria del 10% sobre las cuantías transferidas²². Este gravamen no sería aplicable a los EP cuya casa central tenga su residencia fiscal en otro Estado de la UE. Por consiguiente, como en este caso el EP depende de una filial en UK situado, por tanto, fuera de la UE, si la pretensión del cliente es repartir beneficios, constituir un EP puede llegar a ser contraproducente para dicho fin.

Por último, en lo que respecta al análisis fiscal de la desinversión, en el supuesto de disminución de capital y disolución de la filial, se gravará la diferencia entre el valor contable y el valor real de los bienes entregados a los socios. Si se enajena la totalidad de la filial, en virtud del artículo 13.5 CDI al ser acciones o participaciones que otorgan el derecho de disfrute de bienes muebles e inmuebles situados en España, deberán someterse a gravamen en esta. Donde en virtud del artículo 21 de la LIS estarán exentas en aplicación de la exención por doble imposición.

Las ganancias de capital vienen recogidas en el artículo 13 del CDI por el cual, la ganancia que se obtiene de la enajenación de bienes inmuebles se someterá a imposición en el Estado en el que se encuentran. Por lo tanto, en este caso, los bienes inmuebles se someterán a tributación en España al 25%.

En virtud del artículo 13.2 CDI, las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un EP, comprendidas las ganancias derivadas de la enajenación de dicho EP (solo o con el conjunto de la empresa), pueden someterse a imposición en UK al 19%.

A nuestro parecer, creemos que resultará más interesante operar con sucursales o establecimientos permanentes cuando el tipo impositivo del IS de la matriz de origen, en este caso la filial de UK, es superior al del país donde radica el establecimiento permanente, en este caso, España. Situación que en este supuesto no se da, ya que el tipo impositivo de UK es inferior al de España.

²² Artículo 10.2.a)(i) CDI entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Así, podemos concluir que, creemos más conveniente establecerse mediante una filial, ya que como hemos podido ver, supone mayores beneficios y menor carga fiscal para el Cliente.

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

No, ya que como hemos expuesto con anterioridad en virtud del CDI, las ganancias derivadas de la venta de bienes inmuebles tributarán en España al 25% mientras que las ganancias derivadas de la venta de bienes muebles tributarán en UK al 19%.

Por tanto, consideramos más conveniente optar por una inversión directa a través de EP si los activos son bienes muebles, ya que tributarían en UK al 19% y no por la constitución de una filial o una NewCo en España ya que tributarían al 25%.

Sin embargo, si los activos son bienes inmuebles sería más interesante la constitución de una NewCo o filial en España pues sus rendimientos tributarían en Reino Unido según el CDI, siendo más beneficioso pues supondría una menor carga tributaria al ser el tipo británico inferior al español.

3.4 Ñ3

La sociedad Ñ3 se dedica a la formación universitaria y de post-grado. Para ello, cuenta en su activo con tanto con una serie de elementos patrimoniales necesarios para la impartición de los cursos correspondientes, como con la titularidad de los bienes inmuebles en los que se desarrollan las clases presenciales y parte de los cuales, además, se arrienda a otras sociedades del grupo (a valor de mercado) para el desarrollo de otras actividades (por ejemplo, el laboratorio, instalaciones deportivas, etc.). Actualmente, la gestión y el mantenimiento de los inmuebles se realiza a través de medios humanos y materiales exclusivamente utilizados para dicha actividad.

Recientemente, un fondo internacional ha manifestado su deseo de coinvertir, a través de una filial española, en la actividad puramente inmobiliaria. Es decir, dicha inversión se limitaría a la titularidad de los activos inmobiliarios (cuyo valor fiscal en sede de Ñ3 es actualmente de 29 millones de euros, mientras que su valor de mercado según recientes tasaciones sería de 50 millones de euros) y a la actividad que en dichos activos se desarrolla, sin que exista interés en invertir en la actividad educativa.

De cara a permitir la entrada del inversor exclusivamente en la propiedad de los Inmuebles y la actividad consistente en su mantenimiento, gestión y explotación, los responsables de Ñ3 han planteado a la Familia la posibilidad de escindir dichos inmuebles y aportarlos, junto con los contratos del personal asociado a la actividad inmobiliaria, a una sociedad española de nueva constitución, en la que Ñ3 ostentaría

un 100% de la participación. Una vez aportados los inmuebles a esta nueva sociedad Ñ3 vendería un 40% de su participación en la sociedad española de nueva constitución a una filial española del fondo internacional.

Es importante tener en cuenta que Ñ3 posee dos actividades diferenciadas; la primera, la educación, la cual está exenta de IVA y la segunda, el arrendamiento de bienes inmuebles, sujeto a IVA. Para poder facilitar la gestión empresarial, llevanza de contabilidad, fiscalidad, así como para preparar la entrada de los inversores del fondo de inversión, vemos conveniente la separación de dichas actividades en diferentes sociedades. Esto nos permitirá además limitar los riesgos de carácter económico y reputacional que puedan surgir en el futuro.

Su valoración, debe hacerse en atención al artículo 18 de la LIS, ya que nos encontramos ante operaciones vinculadas. Dicho precepto establece que la valoración del hecho imponible cuando medie entre ellas una relación de dominación o dependencia y, cuando se den los requisitos legales oportunos, las operaciones se entienden realizadas -sin posibilidad de prueba en contra-, por su valor normal del mercado, con arreglo a las normas del IS.

Nos encontramos ante una presunción de onerosidad (iuris tantum)²³ ya que la regla de operaciones vinculadas se ha calificado como una norma valorativa de obligado cumplimiento tal y como ha establecido el TEAC en numerosas resoluciones de las que destacamos la del 31 de mayo de 1995 y deben aplicarse los valores de mercado tal como expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1989 y del 26 de marzo de 1992. Este, es el precio de mercado que, en circunstancias normales, se acordaría entre entidades independientes.

A efectos contables, las operaciones entre entidades de un mismo grupo deben valorarse por su valor razonable, coincidente con el valor de mercado a efectos fiscales. Entendiendo el valor de mercado único a todos los efectos teniendo en cuenta para su cálculo los métodos de valoración contemplados en el artículo 18.4 de la LIS.

Por lo tanto, Ñ3 tendrá que contabilizar la venta de los activos inmobiliarios por 50 millones de euros, valor de mercado actual tasado por peritos expertos.

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

²³ Memento Lefebvre.

En España, se encuentra regulada en el Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, en el Capítulo VII del Título VII (“régímenes tributarios especiales) de la LIS.

Nuestro punto de partida es la Directiva refundida 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales. Es una normativa armonizada de mínimos, en el ámbito de la imposición directa, que evita los obstáculos fiscales a las reestructuraciones empresariales, usualmente generadoras de sinergias positivas para mejorar la competitividad de la economía de la Unión europea.

Supone un régimen de diferimiento tributario, que no de exención, para evitar el desincentivo que la fiscalidad puede tener sobre las reestructuraciones empresariales, ya que supone desplazamientos patrimoniales con enormes plusvalías. Plusvalías, que se someten a tributación en sede del transmitente, Ñ3 (IS, IRPF, IRNR). Con la aplicación de dicho régimen especial, este gravamen se va a diferir hasta que la entidad adquirente, Ñ7, transmita dichos activos a terceros o los amortice. De igual forma, tanto en las fusiones como en las escisiones, se va a diferir el gravamen asociado al canje de valores que pueda surgir en los socios de las entidades intervinientes en las operaciones.

No podemos dejar de mencionar que una operación de reestructuración debe ser estudiada desde varios puntos de vista, y no únicamente debe tenerse en cuenta el aspecto fiscal, sino que además deberemos tener en cuenta la normativa mercantil, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, el Plan General Contable, la normativa laboral, reflejada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que expresa la subrogación del adquirente de los derechos y deberes del transmitente, el derecho de la competencia y por último, la normativa penal en su artículo 130.2 con la transmisión de la responsabilidad penal. Esto es debido a que no se transmite únicamente un patrimonio, sino que se produce un traspaso en bloque por sucesión universal.

La operación de reestructuración que le recomendaríamos al Cliente para que le resulte de aplicación en Régimen Especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS, sería una escisión parcial. (artículo 76.2.1ºb)) Considerada cuando *“una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, o bien participaciones en el capital de otras entidades que le confieran la mayoría del capital social de estas, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas*

participaciones, reduciendo el capital social y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior”.

Precisamente, se podría llevar a cabo una aportación no dineraria de rama de actividad en virtud del artículo 76.2.3º, entendiéndose como la operación por la cual *“una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente”*. Siendo imprescindible para poder aplicar este artículo que se cumpla la definición de rama de actividad, entendida como *“el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan”*.

O, por otro lado, en el caso de que no se cumpliera la definición de rama de actividad, podría realizarse en virtud del artículo 87 de la LIS como una aportación no dineraria especial.

Los efectos de la aplicación del Régimen especial son los siguientes: la entidad transmitente, Ñ3, va a traspasar los activos inmobiliarios a la entidad de nueva creación Ñ7. Dichos activos van a conservar su fecha de adquisición y el valor fiscal que tenían en Ñ3. En este momento no se va a producir ningún tipo de tributación por dicha transmisión, ese pago, se va a diferir y será cuando Ñ7 transmita dichos activos el momento en que se deberá tributar por la ganancia patrimonial acumulada y sobre la amortización del valor fiscal del transmitente.

Para poderse acoger al Régimen especial, podrán hacerlo de las dos formas mencionadas con anterioridad; aportación no dineraria de rama de actividad o por aportación no dineraria especial.

Para obtener la mejor situación fiscal es necesario que exista previamente la rama de actividad en la sociedad vendedora. Para lo cual, es necesario tener en cuenta el criterio del Tribunal Supremo en su **Sentencia del 17 de marzo de 2016**:

“La aplicación del régimen de diferimiento debe ir ligado a la existencia de un efecto sucesorio. El régimen de diferimiento no es un beneficio fiscal, no pretende incentivar las operaciones de reestructuración. Trata de no obstaculizarlas. Quiere que operaciones que las empresas llevan a cabo o pueden llevar a cabo por motivos estrictamente económicos no se vean impedidas, exclusivamente, por el coste fiscal de las mismas. Por eso se trata de un régimen de neutralidad y por eso se exige, para su aplicación, la concurrencia de un motivo económico válido. Y para el correcto funcionamiento de la

neutralidad en este caso, es esencial el efecto sucesorio antes aludido. Y para eso es necesario que la rama de actividad o la unidad económica existiesen con anterioridad”.

De esta forma, podemos ver cómo la actividad es fiscalmente neutral. En imposición indirecta, en IVA como establecimos con anterioridad, según el artículo 7 LIVA no estará sujeta la transmisión de la rama de actividad para lo cual, es necesario probar que no se trata de una compraventa de activos, sino que deben cumplir con la definición del artículo 76.4 de la LIS y, además, que exista de forma previa como establece el TS²⁴. Por último, es necesario que dichos activos permanezcan afectos a la actividad económica en la nueva sociedad y no se adquieran para su posterior venta.

Por consiguiente, tributaría por ITP al 6%²⁵ al no estar sujeto a IVA. Sin embargo, en atención a la Consulta V0842-18 y en virtud de los artículos 19.2 y 21 del TRLITPAJD podemos afirmar que: *“no estarán sujetas las operaciones de reestructuración a la modalidad de operaciones societarias de dicho impuesto. Esto podría conllevar su sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. No obstante, para que esto no suceda, la no sujeción a la modalidad de operaciones societarias se complementa con la exención de las operaciones de reestructuración de las otras dos modalidades del impuesto: transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados, en los términos que resultan del artículo 45.I.B) 10 del Texto refundido, anteriormente transcrito”.*

Respecto al IS, encontramos la particularidad de no tener que efectuar un pago cuando se trata de una aportación de rama de actividad a cambio de acciones en la empresa receptora, que será la empresa de nueva creación, Ñ7.

En el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante **“IIVTNU”**) tampoco se devengará el impuesto con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que le resulta aplicable el régimen especial. Teniendo en cuenta, que cuando se produzca la posterior transmisión, se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor no se ha interrumpido a causa de la transmisión.

Igualmente, se produciría la transmisión de las Bases Imponibles Negativas pendientes de compensar.

Por último, cabe mencionar, que si con ocasión de la reestructuración, no se previera el diferimiento de la tributación también en los socios, el coste fiscal de la operación para ellos podría suponer la no realización de la operación, hecho justamente que quiere

²⁴ TS 29-10-09, EDJ 300049.

²⁵ Tipo de gravamen general de Madrid.

evitar el régimen especial. La tributación de los socios a efectos del Régimen especial es independiente de la tributación de las entidades transmitentes, de manera que cabe se produzca la una y no la otra, si se cumplen las correspondientes condiciones (DGT CV 1081-08).

Por ello, en aplicación del artículo 81 de la LIS, no se integrarán en la base imponible las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la atribución de valores de la entidad adquirente a los socios de la entidad transmitente, siempre que sean residentes en España u otro EM de la UE o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores sean representativos del capital social de una entidad residente en territorio español. Valorándose los bienes recibidos a efectos fiscales, por el valor fiscal de los entregados.

Como podemos ver, cuando se transmita un conjunto de elementos del patrimonio empresarial, su calificación como rama de actividad²⁶ tiene especial importancia para podernos a acoger a dicho régimen. En este caso, Ñ3 va a transmitir unos inmuebles junto con otros contratos de personal asociado a la actividad inmobiliaria. Para poderse considerar rama de actividad se requiere según la consulta del 11 de marzo de 2013 que: “exista una organización empresarial en la consultante que lleve a cabo la gestión de la rama de actividad que se pretende transmitir, que determine la existencia autónoma de una explotación económica, que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma”.

Así como, en los términos previstos en el artículo 83.4 del TRLIS, sólo aquellas operaciones de escisión parcial en las que el patrimonio segregado constituya una unidad económica y permita por sí mismo el desarrollo de una explotación económica en sede de la adquirente, manteniéndose asimismo bajo la titularidad de la entidad escindida elementos patrimoniales que igualmente constituyan una o varias ramas de actividad, podrán disfrutar del régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS. Ahora bien, tal concepto fiscal no excluye la exigencia, implícita en el concepto de "rama de actividad" de que la actividad económica que la adquirente desarrollará de manera autónoma exista también previamente en sede de la transmitente, permitiendo así la identificación de un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma. (Consulta DGT V307/2014 de 10 de febrero de 2014)

En este punto, podemos ver como Ñ3 tiene dos ramas de actividad claramente diferenciadas. Por un lado, la propia de la educación referente a la formación universitaria y de post-grado y, por otro lado, la gestión de los activos inmobiliarios

²⁶ Resolución Vinculante DGT núm. V0536-18, del 26 de febrero de 2018.

que se realiza a través de medios humanos y materiales exclusivamente utilizados para dicha actividad.

En relación con la actividad de arrendamiento de inmuebles, el artículo 27.2 de la LIRPF, establece que: *“se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa”*.

Actualmente, habiendo desaparecido la exigencia anterior de la aportación de un local afecto a la actividad.

Así, podemos concluir, que entendemos que en este caso se puede acoger al régimen especial del IS. Ya que tras una interpretación razonable y acorde a los principios y conceptos reconocidos que la normativa comunitaria requiere analizar, caso por caso, la posible existencia de un conjunto patrimonial susceptible de funcionar por sus propios medios, perfectamente identificado en sede de la entidad transmitente, Ñ3 y que, desde el punto de vista organizativo, constituya una explotación autónoma, tal y como sucede en este caso.

Igualmente, en el caso de que los bienes no estén afectos a la actividad o no formen una unidad económica autónoma, entendemos que también se podría acoger a dicho régimen mediante una aportación no dineraria especial, siendo en este caso lo aportado simples elementos patrimoniales que, por sí mismos, no constituyen una explotación económica determinante de una rama de actividad. Para ello precisa cumplir los requisitos recogidos en el artículo 87 de la LIS:

- Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español ✓
- Que la participación en FFPP de la entidad que recibe la aportación sea de al menos un 5% ✓

Vemos que se cumplirían, ya que Ñ7 va a tener su residencia en España y Ñ3 va a tener una participación de al menos un 5% en Ñ7.

Este régimen especial se fundamenta en que la fiscalidad nunca debe suponer un freno para las empresas en la toma de decisiones referentes a su reorganización. Para podernos acoger a este régimen, es esencial su sustento en los motivos económicos válidos, tales como: la reestructuración, independizar las decisiones de inversión de la sociedad, racionalizar las actividades para obtener mayor eficacia en el negocio o la separación de la gestión de dos negocios distintos, tal y como ha establecido la DGT en innumerables consultas vinculantes como V2667-20, V2668-20, 2617-20 y V2614-20).

Ya que, de lo contrario, se entendería que la operación realizada tiene como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal y no se aplicará en ningún caso dicho régimen (artículo 89.2 LIS).

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

La consecuencia principal sería la imposibilidad del diferimiento tanto del IS, como del ITPAJD y el IIVTNU de la transmisión patrimonial de Ñ3 a Ñ7. Por lo que tributaría por la transmisión tanto a nivel filial como holding a través del régimen general del Impuesto sobre Sociedades, según el artículo 17 de la LIS a valor normal de mercado con efecto en la base imponible por diferencia respecto de su valor fiscal. Dicha situación se correspondería con la prevista a efectos contables, en virtud de las normas de valoración 19 y 21 por los cuales, las empresas adquiridas que se extingan o escindan en una combinación de negocios, deberán registrar el traspaso de los activos y pasivos integrantes del negocio transmitido cancelando las correspondientes partidas del balance y reconociendo el resultado de la operación en la cuenta de pérdidas y ganancias, por diferencia entre el valor en libros del negocio transmitido y el valor razonable de la contraprestación recibida a cambio, neta de los costes de transacción. Deben reconocerse impuestos corrientes y diferidos.

También, en virtud del artículo 27 de la LIS deberá tenerse en cuenta que el periodo impositivo coincidirá con el ejercicio económico de la entidad.

Igualmente, tributará como socio persona jurídica residente, generando una ganancia patrimonial definida en el artículo 17.4.f de la LIS y calculada con arreglo al artículo 17.5.2º párrafo de la LIS por diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos adquiridos y el valor contable de los entregados.

Dado que Ñ1 posee el 100% del capital social (por tanto, tiene al menos un 5%), y entendemos que, con más de un año de antigüedad, aplicará la deducción al 100% sobre su íntegra ganancia patrimonial. Tal situación es razonable para evitar la doble imposición, ya que Ñ1 ya ha tributado por todas las rentas que explican la ganancia patrimonial en el socio²⁷.

Resultando finalmente una gran diferencia respecto a acogerse al régimen especial del Título VII del Capítulo VII en comparación a tributar por el régimen general de la LIS. En el primero de los casos la tributación en el momento de la aportación de los inmuebles sería cero, mientras que si no se puede acoger al régimen especial tributaría

²⁷ Deducción por doble imposición interna del artículo 30 TRLIS.

al 25% en IS, por ITPAJD al 6% y por el IIVTNU según su valor catastral y los años de tenencia.

Análogamente, si no se considerara unidad autónoma, tributaría por IVA al 21% al no poderse acoger a la no sujeción del artículo 7 de la LIVA. En este caso, consideramos inviable este supuesto, pues entendemos que no cabe duda de que forma una unidad autónoma e independiente.

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.

En este punto, debemos precisar de mucha cautela, ya que, aunque no existe ninguna norma que impida la venta de la sociedad resultante, sin embargo, si la finalidad de la escisión es facilitar la posterior venta, puede que se pierda la aplicación del régimen especial en dicha operación. E inclusive, podría conllevar el vernos inmersos en un procedimiento por fraude o evasión fiscal.

Para ver cómo tributaría la venta del 40% de las participaciones en caso de realizarse; en la tributación indirecta, hay que estudiar la afectación de los bienes inmuebles a la actividad para ver si se pueden acoger a la exención.

Por un lado, la LIVA establece en su artículo 20.Uno.18º. letra k, que estarán sujetas y exentas del Impuesto las siguientes operaciones financieras:

“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:

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[1] de la Ley del Mercado de Valores”.

Por consiguiente, entendemos que las operaciones de transmisión de acciones quedarán sujetas y exentas de IVA, salvo que corresponda aplicar alguna de las excepciones que contempla la Ley.

La letra c, particularmente se refiere a la posible aplicación de La Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de

la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones de prevención y lucha contra el fraude (BOE de 30 de octubre de 2012). La cual, ha modificado sustancialmente el contenido del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante “**LMV**”) en virtud del actual, artículo 314 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (en adelante, “**TRLMV**”) dispone:

“1. La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

*2. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior las transmisiones de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial realizadas en el mercado secundario, que tributarán en el impuesto al que estén sujetas como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, **cuando mediante tales transmisiones de valores se hubiera pretendido eludir el pago de los tributos que habrían gravado la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores.***

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá, salvo prueba en contrario, que se actúa con **ánimo de elusión del pago** del impuesto correspondiente a la transmisión de bienes inmuebles en los siguientes supuestos:*

*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 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 lo tanto, podemos ver claramente como la Ley pretende penalizar devengando IVA o ITP si la “intención” es transmitir los inmuebles y evitar el pago de dicho impuesto.

Por nuestra parte, entendemos que en este caso no se cumpliría ninguno de los supuestos, ya que el fondo internacional no obtiene el control²⁸, pues la matriz Ñ1 seguirá teniendo el 60% de la participación en Ñ7. De igual forma, no cabría dudas de que no se transmite en ningún caso los inmuebles, pues la intención es claramente de coinvertir para así obtener financiación e inyección de capital por parte de inversores externos para poder desarrollar la actividad de la promoción inmobiliaria.

Este criterio lo fundamentamos teniendo en cuenta la Consulta V2198-17, de 29 de agosto de la Subdirección General de Impuestos, para el caso de una empresa que transmite sus participaciones y cuyo activo está compuesto en más de un 50% por inmuebles “afectos” a la actividad económica, tal y como es nuestro caso. En la misma, establece la necesidad de que el obligado tributario haya pretendido eludir el impuesto, circunstancia que debe probar la Administración Tributaria. A lo que concluye, que a pesar de en este caso, adquirir el control, al estar compuesta la sociedad por más de un 50% de bienes inmuebles afectos a la actividad económica, no se dan por cumplidos los requisitos para que resulte de aplicación alguna de las presunciones “*iures tantum*” recogidas en el artículo 314.2 del TRLMV. Por tanto, la transmisión de tales valores estará exenta de IVA e ITPAJD.

Para su estudio, debemos estar a la especialidad de que es una sociedad integrada por inmuebles. Por lo tanto, si a los bienes están afectos a la actividad, la operación quedaría sujeta y exenta de IVA. Cabe destacar que los inmuebles alquilados u ofertados en alquiler o venta se consideran afectos a una actividad económica (incluso aunque no exista un empleado a jornada completa que gestione los alquileres).

Igualmente, el artículo 45.I.B.9 del TRITPYAJD establece la exención de la transmisión de valores de conformidad con el artículo 108 de la LMV.

Por lo que podemos concluir que la transmisión del 40% de la participación en Ñ7, quedarán exentas tanto en IVA como ITPAJD.

En la tributación directa, se produce una alteración patrimonial, esto es, una ganancia o pérdida derivada de la venta de las participaciones en Ñ7: Valor de adquisición (incluidos impuestos y tributos) – Valor de enajenación (- comisiones de venta).

La renta generada de esta manera formará parte de la base imponible del Impuesto, que tributará al tipo impositivo vigente, siendo el tipo de gravamen general el 25 %. Ahora

²⁸ Artículo 42 del Código de Comercio.

bien, para analizar si dicha ganancia patrimonial podría estar exenta, debemos ser rigurosos en el análisis del Impuesto sobre Sociedades y, en concreto, en su artículo 21. No nos vamos a reiterar en los requisitos propios el mismo, los cuales han sido ampliamente explicados en este trabajo. Concluiremos diciendo que entendemos que el primero de los requisitos no se cumpliría al no haber pasado al menos un año entre la adquisición de las participaciones y la fecha de venta. Por ello, entendemos que no podría acogerse a la exención a no ser que esperase el tiempo necesario para efectuar la venta y poder cumplir este precepto.

3.5 Ñ4 y Ñ5

A principios del presente año 2020, Ñ1 adquirió la participación en Ñ4, socia única, entre otras entidades que no aparecen en el organigrama, de la constructora inmobiliaria Ñ5. Debido a la crisis del sector inmobiliario español, esta última tuvo pérdidas relevantes en el periodo 2013-2018 y, actualmente, tiene bases imponibles negativas por importe de 17 millones de euros.

Ñ5, cuyas construcciones habían estado paralizadas desde 2016, ha retomado esta actividad hace meses y prevé obtener ingresos derivados de la venta de las nuevas viviendas en breve. Nótese que, además de construir viviendas en urbanizaciones de lujo, para su posterior venta, Ñ5 gestiona los servicios comunitarios de dichas urbanizaciones (esto es, gimnasio, SPA y cafetería, entre otros), actividad que sí ha reportado ingresos, aunque poco significativos, en todos estos años.

En búsqueda de su fidelización y motivación, la sociedad Ñ5 ha ofrecido, por primera vez y de manera excepcional, un plan de incentivos a largo plazo a sus 23 empleados. Dicho plan consiste en la concesión de opciones intransmisibles sobre las participaciones de su sociedad matriz Ñ4. En concreto, las opciones se conceden en 2020 y serán ejercitables en los meses de junio y diciembre 2023 y 2024. El precio de ejercicio de la opción será un 90% del valor de mercado de las participaciones en 2023 y un 85% de dicho valor en 2024.

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

Por compensación de pérdidas se viene entendiendo el mecanismo arbitrado por la norma para hacer efectivo el derecho que se reconoce a los sujetos pasivos del IS a minorar la renta positiva obtenida en un determinado ejercicio, con las bases imponibles negativas (en adelante, “BIN”) generadas en ejercicios anteriores. Su estudio y

aplicación viene recogido en el artículo 26²⁹ de la LIS.

Si la base imponible del impuesto es positiva, la norma exige al obligado tributario que autoliquide el impuesto; pero si es negativa, la sociedad tiene derecho a su compensación con bases imponibles positivas de períodos posteriores.

Supone una excepción a los principios generales de independencia de ejercicios económicos, correlación de ingresos y gastos y devengo³⁰.

Es muy relevante tener en cuenta que el derecho de compensación sólo puede ejercerlo la sociedad que lo generó siendo intransmisible a terceros (DGT 24-10-1997, TEAC, unificación de criterio, 25-09-2008) salvo disolución de una sociedad como consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen especial del IS.

Igualmente debemos tener en cuenta que la realización de actividades diversas a las que venía realizando cuando generó las BIN, no es un impedimento para su futura compensación, ya que no existe una clasificación previa de dichas pérdidas en base a su origen o procedencia (DGT 8-9-1999).

Debido a esto, entendemos que de las pérdidas que se generaron en el periodo de 2013-2018 ha ido compensando BIN con los ingresos que le suponen a Ñ5 su otra actividad, la gestión de los servicios comunitarios de las urbanizaciones construidas (gimnasio, SPA y cafetería), de los que actualmente, quedan 17 millones de euros.

Para el estudio de las BINS deberemos tener dos aspectos en cuenta: el plazo y el límite de compensación.

En el primero de ellos, no encontramos con dos modificaciones normativas. Para los ejercicios iniciados con anterioridad a 1-1-2015 debemos estar a lo establecido en el artículo 25 TRLIS, dieciocho años permitidos para los períodos impositivos inmediatos y sucesivos a 2012. Posteriormente, en esta materia la Ley 27/2014 ha introducido tres novedades muy significativas para los ejercicios iniciados con posterioridad a 1-1-2015:

- En su artículo 26 permite la compensación de BIN sin límite temporal alguno. Las BIN generadas con posterioridad a 1-1-2015 podrán compensarse en cualquier

²⁹ Artículo 26.1 LIS: las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación por el contribuyente podrán ser compensadas por el mismo con las rentas positivas de los períodos impositivos siguientes con el límite del 70% de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización, art. 25 LIS , y sin límite temporal alguno.

Las mismas reglas seguirán, incluso, las bases imponibles negativas que estuvieran pendientes de compensar el 1 de enero de 2015 (DT 21^a LIS).

³⁰Francisco Javier Rodríguez Relea, “Fiscalidad práctica 2016, impuesto sobre sociedades”, editorial Lex nova, Capítulo XI Compensación de bases imponibles negativas.

ejercicio posterior.

- La DT21^a, la totalidad de las BIN pendientes de compensar al término del último periodo impositivo con anterioridad a 1-1-2015 serán susceptibles de compensación sin límite de plazo.
- Permite muy reducidamente, la compensación de BIN hacia delante, a través de la reserva de nivelación. Si bien, sólo para las entidades de reducida dimensión.

A lo que podemos concluir respecto a este punto, es que el límite temporal no supondrá ningún inconveniente.

En el segundo de ellos, respecto al límite cuantitativo de la compensación debemos tener en cuenta que nos encontramos ante una sociedad que tributa en régimen de consolidación fiscal. Por lo que deberemos tener en cuenta lo establecido en los artículos 26 y 67 e) de la LIS por los cuales las bases imponibles negativas de Ñ4 y N5 pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal, a principios de 2020, podrán ser compensadas en la base imponible del grupo, con el límite del 70% de la base imponible individual de Ñ5 en este caso, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que correspondan. Y, en todo caso, las BIN se podrán compensar hasta 1 millón de euros.

Por tanto, para poder compensar los 17 millones de euros de BIN se requiere en primer lugar que la base imponible previa del grupo sea positiva, tras haber realizado todas las eliminaciones de operaciones internas. Una vez cumplido este requisito, Ñ5 podrá compensar la BIN individual, respetando el límite de su base imponible positiva individual, sin que, en ningún caso, dicha compensación pueda tornar en negativa la base imponible positiva previa del grupo³¹.

Otra cuestión que cabe establecerse es la determinación del límite que, a nivel individual, debe fijarse para la compensación de la BIN. La DGT ha establecido a través de sus consultas, de las que cabe destacar la Consulta V4055-16, que dicho límite a la compensación de BIN que se han generado antes de formar parte del grupo se determina siempre a nivel individual, es decir, según el importe individual de su cifra de negocios.

Para poder facilitar al Cliente su implementación, procedemos a ejemplificarlo:

Período	2020	2021	2022	2023
Cifra de negocios	21.000.000	18.000.000	30.000.000	35.000.000
Renta positiva	10.000.000	8.000.000	8.000.000	6.000.000

³¹ Miguel Camaño Anido. Régimen de consolidación fiscal. La compensación de bases imponibles negativas.

Tenemos 17 millones de euros de BIN, que podremos compensar de la siguiente forma:

Período	2020	2021	2022	2023
Renta positiva	10.000.000	8.000.000	8.000.000	6.000.000
Base compensable	70%	70%	70%	70%
Base imponible	3.000.000	2.400.000	2.400.000	4.200.000
Pendiente de compensar	14.000.000	11.600.000	9.200.000	5.000.000

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

Las opciones se pueden clasificar en dos grupos: transmisibles e intransmisibles. La transmisible supone un derecho firme concedido por la empresa a comprar acciones de esta y que se puede vender a un tercero. En este caso será un rendimiento del trabajo en especie por el valor de mercado de la opción. En la fecha de ejercicio, no existe ningún rendimiento. En la posterior venta de las acciones tendrá una ganancia o pérdida patrimonial. Las opciones intransmisibles, que son las que tienen lugar en este supuesto, suponen un derecho en firme concedido por la empresa, en este caso Ñ5, para comprar acciones de esta. No pudiéndose transmitir a un tercero. En este caso en la fecha de concesión no se ha transmitido un derecho evaluable económicamente debido a que no se puede vender a un tercero. El rendimiento se obtendrá en el momento del ejercicio, dando lugar a un rendimiento de trabajo en virtud del artículo 17.1 de la LIRPF por la diferencia entre el valor de mercado y el precio del ejercicio de la opción. Podrá ser rendimiento en especie o dinerario según si se entregan las mismas acciones o dinero. En este caso, sería rendimiento en especie pues se entregan las acciones. Dicho rendimiento de trabajo, al tratarse de opciones de compra intransmisibles inter vivos, se devengará en el momento en que el beneficiario ejerce su derecho de opción de compra³².

Respectivamente podrán aplicar la reducción del 30% por periodo de generación³³ superior a 2 años, cuando pasen más de 2 años desde que las concede hasta que las ejercitó (art 18.2 LIRPF). Tal y como sucede en este supuesto, pues se conceden en 2020

³² Consultas núm. V0415-13 y V1766-16.

³³ En el caso de opciones, es desde la concesión hasta el ejercicio.

y se podrán ejercitar en 2023 y 2014. La cuantía del rendimiento íntegro sobre la que se aplicará la reducción no podrá superar el importe de 300.000 euros anuales.

Sin perjuicio del límite anterior, en el caso de rendimientos derivados del ejercicio de opciones de compra sobre acciones o participaciones a los trabajadores, la cuantía del rendimiento sobre el que se aplicará la reducción del 30 por 100 no podrá superar el importe que resulte de multiplicar el salario medio anual del conjunto de los declarantes en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por el número de años de generación del rendimiento. A estos efectos, cuando se trate de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, se tomarán cinco años.

A estos efectos, se considerarán rendimientos del trabajo con periodo de generación superior a dos años que no se obtienen de forma periódica y recurrente, cuando se ejerciten transcurridos más de dos años desde su concesión, y, además, no se concedan anualmente. Como en nuestro caso, que se han concedido de forma excepcional y serán ejercitables a partir de los tres años.

El límite máximo de reducción previsto en el apartado anterior se duplicará cuando los trabajadores cumplan los siguientes requisitos:

- Las acciones o participaciones adquiridas deberán mantenerse, al menos, durante tres años, a contar desde el ejercicio de la opción de compra.
- La oferta de opciones de compra deberá realizarse en las mismas condiciones a todos los trabajadores de la empresa, grupo o subgrupos de empresa.

Respecto al primer requisito no disponemos de la información suficiente para afirmar su cumplimiento, sin embargo, sí podemos afirmar el cumplimiento del último requisito cumplido en este caso ya que se realiza en las mismas condiciones a todos los trabajadores de la empresa, 23 trabajadores.

3.6 SUI y Ñ6

En 2014, la filial suiza del grupo (SUI), dedicada a la comercialización de productos veterinarios, adquirió la totalidad de las participaciones de una sociedad española operativa, Ñ6. Junto con dicha participación, SUI adquirió, de la entidad vendedora (no vinculada con el grupo familiar español) y por importe de 1 euro, un derecho de crédito frente a Ñ6, cuyo valor nominal es de 30 millones de euros. Así pues, debido al deterioro de dicho derecho de crédito, éste fue adquirido con descuento.

Dada la situación actual de falta de liquidez de Ñ6, que imposibilita el pago de esta deuda, cuyo importe es de 30 millones de euros, SUI desea eliminar de su activo el derecho de crédito correspondiente frente a su filial española. Para ello, la sociedad

suiza se plantea la posibilidad de condonarlo o capitalizarlo/aportarlo a los fondos propios de Ñ6.

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

En los grupos de sociedades se han incrementado recientemente la existencia de relaciones financieras entre las entidades integrantes. Esto es, debido a la globalización y la liberación de los mercados de capitales internacionales. Los objetivos que se pretenden conseguir son muy diversos, entre los que destacamos: fomentar un sistema de reparto eficiente de la tesorería generada por el grupo o, proporcionar fondos a nuestras sociedades que tendrían un difícil acceso a la financiación externa³⁴.

De forma general, el resultado contable coincide con la base imponible del IS, corregido en virtud de los artículos 11 a 25 del TRLIS.

Dado que las operaciones de condonación de derechos de crédito entre empresas de un mismo grupo de sociedades no están contempladas mediante una regulación específica en el TRLIS, su estudio e impacto deberá realizarse en función de su tratamiento contable en virtud del artículo 10.3 de la LIS.

Según las consultas e la DGT³⁵, en especial la consulta V0133-17, para el estudio fiscal de las operaciones de condonación entre empresas del grupo se deben seguir los criterios de su registro contable.

En este caso, en que la condonación es realizada por la sociedad dominante a su dependiente en la que participa al 100%, el importe en libros del derecho de crédito condonado tiene con carácter general para la sociedad dominante (SUI) la consideración de un mayor valor de adquisición de la participación en la sociedad dependiente (Ñ6). Mientras que para Ñ6, supondría un aumento de sus fondos propios, no generándose, por tanto, ingreso alguno ni desde el punto de vista contable ni fiscal. Esto ocurre igualmente, cuando el derecho de crédito a condonar ha sido previamente deteriorado contablemente por el prestamista, en la medida en que el valor fiscal del crédito condonado coincidiría con el valor fiscal del pasivo cancelado, tal y como ocurre en este supuesto.

Así, a través de su estudio en las diferentes consultas de la DGT, hemos podido

³⁴ Martínez Paños José Gabriel y López Pombo David, Condonación de créditos intra-grupo: régimen contable, jurídico y fiscal. Análisis de la doctrina del ICAC y de la DGT. Uría Menéndez.

³⁵ Consultas núm. V1703-09, V0445-13, V0212-14 y V0233-14.

comprobar como le da plena validez a efectos fiscales del tratamiento que realiza el PGC en estas operaciones.

Pues, conforme a las NRV 9 y 18ª del PGC y a la interpretación evacuada por el BOICAC en sus contestaciones a consultas 4 y 5, el tratamiento contable de una condonación de derechos de crédito entre empresas de un mismo grupo se basa en la ausencia de ánimo de liberalidad en esta operación. Por tanto, en caso de condonación de crédito por una sociedad en beneficio de su sociedad filial, la operación se registra contablemente como una aportación a los fondos propios de la sociedad filial, sin impacto en su cuenta de Pérdidas y Ganancias.

Desde un punto de vista fiscal, no existe especialidad alguna sobre estas operaciones en el TRLIS, de tal forma que el tratamiento fiscal seguirá al contable, sin necesidad de realizar ajuste alguno al resultado contable de estas operaciones a la hora de calcular la base imponible del IS.

Con carácter general, el importe por el que se contabilizarán estas operaciones coincidirá con el valor en libros del pasivo financiero condonado. En la consulta del ICAC nº 4 del BOICAC 89, de marzo de 2012, sin embargo, se sostiene, para un escenario de ampliación de capital por compensación de créditos, que en caso de que el valor de mercado del crédito fuera claramente inferior a su valor contable, la diferencia entre uno y otro debería registrarse como ingreso contable³⁶ en la cuenta de Pérdidas y Ganancias de Ñ6 y como gasto extraordinario en SUI. El mismo razonamiento sería extrapolable a condonaciones o aportaciones directas del crédito a fondos propios (i. e., sin ampliación de capital social). De no ser así, el gasto financiero sometido al límite del artículo 16 de la LIS resultaría superior al gasto financiero real de la entidad. De esta forma, el ingreso financiero derivado del crédito con descuento debe minorar el saldo total de gastos financieros para así resultar en los gastos financieros netos de la misma. El importe de ingresos financieros será exclusivamente aquel que se haya integrado en la base imponible en aplicación del artículo 11.13 de la LIS.

Por lo que respecta al ITPAJD, al tratarse de operaciones societarias contempladas en el artículo 19 de la LIS, estas operaciones no tendrían impacto práctico y estarán exentas en OS en virtud del artículo 45.I.B.11 de la LITPAJD.

La otra opción que se puede llevar a cabo es la capitalización o aumentos de capital por compensación de créditos que en virtud del artículo 17.2 de la LIS³⁷ la cual, se valorará

³⁶ De acuerdo con lo señalado con el ICAC, el ingreso contable que surge en esta operación tiene la consideración de ingreso financiero.

³⁷ Artículo 17.2 LIS: las operaciones de aumento de capital por compensación de créditos se valorarán fiscalmente por el importe de dicho aumento desde el punto de vista mercantil, con independencia de cuál sea el valor contable.

a la luz del derecho mercantil. En este caso, podemos ver como a través del estudio consulta de diversas consultas tales como 0264-17, 0133-17 y 4141-15, se trata de la capitalización en sede por SUI la deuda de su filial Ñ6 pertenecientes a su grupo de consolidación fiscal. Dicha operación, debe considerarse como una operación interna dentro del grupo fiscal, que, por tanto, no tendrá efectos fiscales a nivel de grupo. Así, el valor fiscal de la deuda, en sede de Ñ6 se va a mantener, mientras que en SUI sí se produce un cambio, ya que pasa de ser un tercero a ser la propia entidad matriz. Por lo que podemos ver como la asunción de deudas por la matriz no genera una renta que ha de ser gravada a nivel fiscal.

SUI, en el momento en que se produzca la capitalización en virtud del artículo 17.2 de la LIS, en caso de que tuviera que registrar un ingreso con ocasión de la capitalización de la deuda, dicho ingreso no se integraría en la base imponible del IS. Así como, si SUI registrase un derecho de crédito con Ñ6 por un importe superior al valor del pasivo, esto es, la deuda que asume y que vamos a capitalizar, se registraría un ingreso que no sería objeto de eliminación ya que debe entenderse realizado frente a terceros como resultado de la capitalización.

En nuestro supuesto, al estar el derecho de crédito cedido deteriorado, en virtud del ICAC en su consulta 5 del BOICAC 79, podría generarse una pérdida para SUI de 29.999.999 € mientras que Ñ6 lo registraría contablemente por un valor inferior al nominal. Dicha pérdida se generaría dentro del grupo de consolidación fiscal, por lo que inicialmente sería objeto de eliminación. Posteriormente, el derecho de crédito sería objeto de capitalización mediante la compensación de créditos frente a Ñ6 lo que generaría un ingreso de 29.999.999 € en aplicación de lo señalado en el artículo 17.5 de la LIS. En este caso, la extinción del crédito con ocasión de su capitalización determinará que la pérdida generada dentro del grupo fiscal como consecuencia de la cesión del crédito se entenderá realizada frente a terceros, integrándose en la base imponible del grupo fiscal. Ello significa que esta pérdida podrá compensarse con el ingreso que se pone de manifiesto con ocasión de la operación de capitalización.

Como resultado, podemos concluir que le recomendaríamos al Cliente la capitalización de la deuda, ya que como hemos explicado no existe tributación en este caso, incluso aunque los derechos de crédito compensados por el aumento se hayan adquirido al descuento. Diferenciándose de la condonación la cual penaliza algo más por su integración a la BI de ingresos financieros en aplicación del artículo 11.13 de la LIS.

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

La aportación de los socios³⁸ se caracteriza porque los socios deciden llevar a cabo una aportación a fondos propios para compensar las pérdidas. La referencia normativa viene contemplada en el Plan General Contable en el Grupo 1 en las cuentas 118³⁹ y 122⁴⁰ y en el RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre por el que se aprueba el TRLITPAJD en su artículo 19⁴¹ por el que podemos ver que está contemplado como un supuesto de exención fiscal en el ITPAJD.

Esta operación se diferencia a la capitalización, ya que no supone⁴²:

- Emisión de acciones o creación de participaciones sociales con la consiguiente asignación y adjudicación de las nuevas acciones a los aportantes.
- No produce un aumento del valor de las acciones o participaciones sociales existentes

Lo que se produce en este caso es un doble efecto, un incremento tanto del valor neto contable como del coste de adquisición.

Desde el punto de vista fiscal, vamos a destacar las implicaciones fiscales que tiene cada figura para poder así elegir:

En cuanto a la imposición indirecta, actualmente tanto la capitalización o aumento de capital como la aportación de los socios a fondos propios están sujetas a ITPYAJD pero exentas en la modalidad de Operaciones Societarias.

En la imposición directa debemos distinguir entre Ñ6, que es quien va a recibir la aportación de los socios y SUI que es quien la realiza. En el primer caso, si SUI efectúa la aportación en proporción al porcentaje de participación que ostenta en Ñ6, no se daría manifestación alguna a efectos contables, por lo que no tributaría en IS. Si, por el

³⁸ Consultas núm. V3537-16 y 5469-16.

³⁹ Aportaciones de socios o propietarios: Elementos patrimoniales entregados por los 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 la 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.

⁴⁰ Aportaciones de socios para compensación de pérdidas: Cantidades entregadas por los socios con el objeto de compensar pérdidas de la sociedad, incluyendo, entre otras, las subvenciones entregadas por los socios por este concepto."

⁴¹ Artículo 19: "1. Son operaciones societarias sujetas: 2º. Las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social."

⁴² Alejandro Varo Reina. Lefebvre. Aportación de socios a fondos propios

contrario, no se respetase dicha proporción, se trataría ese exceso como una liberalidad debiendo Ñ6 considerarlo como ingreso.

En el segundo caso, si Ñ6 recibe una aportación dineraria, no habría plusvalía alguna, por lo que no tendría efectos en IS. Sin embargo, si la aportación es no dineraria, el bien aportado se valora a valor de mercado en el momento de la aportación pudiendo surgir una plusvalía o minusvalía que tributará en la Base Imponible del IS.

Otro de los efectos fiscales menos ventajosos, es que independientemente de la naturaleza de la aportación efectuada, se computa para el socio aportante como un mayor valor de adquisición, es decir, que en el futuro cuando vaya a transmitir sus acciones o participaciones deberemos sumar al precio inicial el importe de dicha aportación para el cálculo de la plusvalía o minusvalía generada.

Así podemos concluir, que pese a que la aportación a fondos propios requiere de menos formalidades que la capitalización y minora el riesgo al no incrementar la cifra de capital social entendemos que desde el punto de vista fiscal la capitalización es más ventajosa, ya que desde el punto de vista mercantil siempre habrá una compensación entre las ganancias y las pérdidas sin importar la naturaleza de lo aportado y la proporción de la aportación de los socios.

3.7 La Familia (Don A y sus hijos, B y C)

Como se anticipaba más arriba, Ñ1 es la sociedad holding española de este grupo multinacional, cuya actividad consiste en la gestión de las entidades en las que participa.

Sus socios, Don A y sus dos hijos B y C, todos ellos residentes en la Comunidad Autónoma de Madrid, ostentan el 100% de las participaciones (50% Don A y 25% cada uno de sus hijos).

Si bien todos ellos son administradores de Ñ1, Don A y C se dedican en exclusividad al negocio familiar, del que perciben rendimientos, mientras que el otro hijo, B, es abogado y desarrolla su actividad profesional fuera del grupo familiar.

Debido a su avanzada edad (tiene 67 años en la actualidad), y ante los rumores de modificación de la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por parte del actual gobierno del Estado, Don A se plantea transmitir de inmediato la nuda propiedad de sus participaciones, por partes iguales, a cada uno de sus hijos. Pese a ello, no tiene intención de cesar en el ejercicio de las funciones de dirección que ha desarrollado durante más de 30 años.

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

En la donación de la nuda propiedad de participaciones de una entidad mercantil, el primer punto que debemos tener en cuenta es la localización del impuesto, esto es, qué Administración pública es competente y si existe algún tipo de reducción aplicable a la donación, ya que la competencia sobre el impuesto de donaciones y sucesiones está transferida a las Comunidades Autónomas por lo que la reducción de este dependerá de cuál de ellas es competente en la tributación de la transmisión de las donaciones. En este caso, es competente la Comunidad Autónoma de Madrid la cual lo regula a través del Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado.

La figura de empresa familiar tiene gran relevancia en España, se calcula que aproximadamente el 89% de las empresas son familiares, representando el 55% del PIB. Estas se definen como aquellas en las que una familia posee el control y la dirección de la estrategia general de la empresa⁴³.

La Comunidad de Madrid destaca por los beneficios que otorga a la sucesión de empresas familiares contemplados en su normativa autonómica. Para podernos beneficiar de su aplicación, debemos cumplir los requisitos contemplados en la Ley lo cual, no es baladí, puesto que la definición de empresa familiar es más restrictiva en la aplicación de estos.

Para ello, deberemos en este punto tener en cuenta la tributación que surgiría tanto para el donante como para los donatarios.

Respecto al donante en virtud de los artículos 33.1⁴⁴ y 33.3c)⁴⁵ de la LIRPF, no se

⁴³ Goy Gentile Abogados. Las ventajas fiscales de la empresa familiar.

⁴⁴ Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos.

⁴⁵ Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: Con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

generará ni ganancia ni pérdida patrimonial. Por lo tanto, A no tendrá que tributar por ello en su declaración de IRPF del año 2021.

Por otro lado, con relación a los donatarios, en virtud del artículo 3.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del ISD se produce el hecho imponible de adquisición de bienes y derechos por donación a título jurídico “intervivos”, los cuales en función del artículo 5.b) serán los sujetos pasivos del impuesto. Estos podrán acogerse a la reducción del 95% en Base Imponible contemplada en los artículos 20.6 de la LSD y 22 bis del DL 1/2010 al estar los donatarios incluidos en el grupo I de parentesco⁴⁶ y tratarse de la transmisión de participaciones sociales a las que les es de aplicación la exención del artículo 4.8 de la Ley 19/1991 del IP siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- La entidad debe realizar una actividad económica de manera efectiva⁴⁷, así como no debe tener como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Condición que se cumple, ya que podemos afirmar que la mitad de su activo no está constituido por valores ni más de la mitad de su activo no está afecto a actividades económicas, pues el grupo realiza sin lugar a duda no una sino varias actividades económicas de forma efectiva.
- El socio deberá tener, de forma directa, al menos el 5% del capital de la sociedad de forma individual, o al menos el 20% juntamente con el grupo familiar. Requisito que se cumple ya que A posee más del 5% de forma individual y más del 20% juntamente con B y C, más concretamente poseen el 100% conjuntamente.
- Algún miembro del grupo familiar debe ejercer funciones de dirección⁴⁸ y sus remuneraciones por dicho cargo deben representar más del 50% del total de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas⁴⁹. En nuestro caso, A y C reciben todas sus remuneraciones por ser administradores de la sociedad (Ñ1). No especifica si ejercen las labores de dirección, aunque entendemos que sí, para evitar posibles controversias con la Administración Tributaria aconsejamos al cliente que establezca en los estatutos de forma clara que la retribución que perciben es por ejercer labores de dirección.

⁴⁶ Artículo 20.2.a) de la Ley 29/1987 del ISD.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 737/2018, de 5 de octubre del 2018.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 678/2019, Fecha de sentencia: 23/05/2019

Y Consulta de la DGT núm. V2812-18 donde se establece que no es necesario que A sea el titular de las participaciones al momento del devengo del impuesto.

⁴⁹ No se tendrán en cuenta los cobros de pensión de jubilación.

Podemos afirmar por tanto que se cumplen todos los preceptos que exige la Ley para podernos acoger a la exención que contempla la LIP para la transmisión de participaciones sociales de una empresa familiar.

Por otro lado, debemos tener en cuenta el ISD, donde la transmisión de dichas participaciones por herencia o donación se beneficiarán de una bonificación del 99% de la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en Madrid en virtud del artículo 20.6 de la LISD siempre que cumplan además de los requisitos anteriormente descritos, los siguientes:

- Las participaciones adquiridas por B y C deberán mantenerse en el patrimonio del sujeto pasivo durante al menos 5 años. Se entiende que las participaciones se mantienen en el patrimonio si se mantiene “el valor” de las participaciones recibidas.
- El donante debe ser mayor de 65 años. En nuestro supuesto, A cumple dicho requisito ya que tiene la edad de 67 años.
- Que, si el donante viniere ejerciendo funciones de dirección, dejare de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión. No entendiéndose comprendido en este precepto la mera pertenencia al consejo de Administración. Es este punto el que genera controversia pues entendemos que no se cumple.

En este supuesto debemos estar a la especialidad de que el donante no tiene intención de cesar en el ejercicio de las funciones de dirección que ha ejercido durante más de 30 años por que estaríamos ante un supuesto de donación de la nuda propiedad en la que el donante se reserva el usufructo con la facultad de disponer. Realmente, es una fórmula que tiene lugar para poder articular el relevo político de la empresa familiar, pero manteniendo el fundador un cierto control sobre el futuro económico de la empresa⁵⁰. Hecho determinante como vemos para poderse acoger a la exención del ISD, pues si no cesa en dichas funciones no cumpliría todos los requisitos necesarios y no podría disfrutar del beneficio fiscal anteriormente descrito.

Debido a esto, requiere desde el punto de vista fiscal de ciertas especialidades a la hora de su valoración, así lo ha sostenido la doctrina administrativa en numerosas consultas de la DGT (núm. V0905-12, V3172-14 y V3173-14) que en estos supuestos el valor del usufructo será el valor del pleno dominio y que, el valor de la nuda propiedad donada era nulo por lo que la BI del ISD sería igual a cero en virtud del artículo 26.d de la LISD. Numéricamente podríamos decir que el valor total del bien menos el valor total del

⁵⁰ González Ángela. Fiscal. Madrid. (2018) La empresa familiar, Uría Menéndez. La tribuna.

usufructo al reservarse A su poder de disposición sería el mismo (150.000.000 – 150.000.000=0).

Por el contrario, a través de la Consulta de la DGT núm. V0366-17 ha cambiado el criterio que se había mantenido estableciendo que la reserva de facultad de disponer carece de relevancia para determinar la BI del ISD. Así, el tratamiento que le debe dar debe ser exactamente igual a la donación de la nuda propiedad con reserva ordinaria de usufructo. Esto es, como si llevase aparejada una condición resolutoria en la que se liquida el impuesto sin perjuicio de su devolución en el caso de su no cumplimiento. Asimismo, debemos tener presente lo establecido en el artículo 51.2 del Reglamento del ISD por el cual se establece que en el momento del desmembramiento del dominio se le gira al adquirente de la nuda propiedad por el valor de esta con la aplicación del tipo medio de gravamen correspondiente al valor íntegro del bien con aplicación de las reducciones que correspondieran por parentesco.

Finalmente, en cuanto al momento de devengo, en caso de transmisiones “intervivos” el ISD se devengará el día en que la donación se perfecciona, es decir, el día en que los requisitos de la Ley se cumplen, tanto del IP como el ISD⁵¹.

Por lo que aconsejamos al Cliente que pare poderse acoger al doble beneficio fiscal en la donación de la nuda propiedad de las participaciones en Ñ1, A debe cesar en las funciones de dirección pues la diferencia en el coste fiscal es realmente importante.

La cuota tributaria por pagar se calcularía de la siguiente forma:

El valor del usufructo⁵² es = 33.000.000 (22%)

El valor de la nuda propiedad= 117.000.000 (78%)

Base Imponible 117.000000

- reducción por empresa individual 95%

Base liquidable= 5.850.000

Cuota íntegra:

Hasta 798.817,20	199.604,23 €
------------------	--------------

Resto 5.650.395,77 x 34%	1.921.134,562 €
--------------------------	-----------------

Bonificación 99%

Coficiente multiplicador 1,2⁵³

Total cuota a ingresar= 25.448,865€

⁵¹ DGT consulta núm. V1483-19.

⁵² 89 – 67 (edad usufructuario) = 22

⁵³ Teniendo en cuenta los resultados de la empresa entendemos que el patrimonio preexistente de los socios se encontrará en el tramo de más de 4.021.000€.

4. CONCLUSIONES

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto en el informe fiscal para llevar a cabo el proyecto de inversión planteado por nuestro Cliente “La Familia”, debemos concluir lo siguiente:

- I. Acogimiento al Régimen de consolidación fiscal para poder anticipar la compensación de pérdidas sin necesidad de que la sociedad que las obtuvo vuelva a obtener resultados positivos, considerándose a efectos de IS como un sujeto pasivo único a excepción de las que no cumplen el requisito de residencia que deberán tributar por régimen individual.

- II. Ñ2, posibilidad de acogimiento al régimen de exención del artículo 21 de la LIS en GAB para los ejercicios comprendidos entre 2010 y 2016 ambos inclusive. Respecto a las plusvalías tácitas podrán acogerse a la exención en la proporción que corresponda hasta dichos ejercicios.
Por su parte, en CHI cabe igualmente el acogimiento a la exención del artículo 21 de la LIS debiendo para ello mantener la participación como mínimo hasta cumplir el año de tenencia.
Debido al acogimiento de la modalidad de base, recomendaríamos el reparto de dividendo en el mes de diciembre pues de lo contrario estaríamos realizando un anticipo a favor de la AEAT que no podrá recuperarse hasta la presentación de la declaración correspondiente del IS en el mes de julio del siguiente ejercicio, con el consiguiente coste financiero y de oportunidad.
En este punto es relevante tener en cuentas las modificaciones que previsiblemente se efectuarán respecto al artículo 21 de la LIS en relación con el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 con la consiguiente limitación a la exención sobre dividendos y rentas positivas derivadas de la transmisión de valores representativos de los FFPP de las entidades residentes y no residentes en territorio español de un 100% a un 95%.

- III. En la filial UK advertimos al cliente de la importancia del momento para realizar la operación debido a la situación excepcional en la que se encuentra Reino Unido, pues como se explica en el informe el tratamiento de bienes muebles, inmuebles o de una unidad económico independiente podrá ser diferente si UK se encuentra en periodo transitorio o fuera de la UE.
Respecto al vehículo de inversión consideramos en términos generales, más conveniente establecerse a través de una filial o newCo ya que supone mayores beneficios y menor carga fiscal para el Cliente. Por supuesto teniendo en cuenta la especialidad explicada en el informe de dicha elección en función de la

calificación de los activos de establecerse mediante EP si se trata únicamente de bienes muebles.

- IV. Ñ3, es conveniente la separación de actividades para facilitar la gestión empresarial. La operación que creemos más favorable fiscalmente es una escisión parcial, operación de reestructuración en la que cabe el acogimiento al Régimen Especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS si cumple la definición de rama de actividad o en caso contrario, podría realizarse una aportación no dineraria especial. En ambos casos, se produciría un diferimiento de la tributación hasta el momento en que dicha sociedad se transmitiera en el futuro tanto a nivel de socio como de sociedad. En este punto consideramos muy importante advertir al Cliente que debe considerar la venta del 40% de las participaciones pues si se acoge al Régimen Especial, la AEAT podría entender que la operación realizada constituye de un supuesto de fraude o evasión fiscal.

- V. Ñ4 y Ñ5 podrán compensar BIN en la BI del grupo con el límite del 70% de la BI individual de Ñ5 teniendo en cuentas las eliminaciones que correspondan y, en todo caso, hasta 1 millón de euros.
En relación con la calificación derivada de los rendimientos del plan de opciones sobre las participaciones de Ñ4, será el de rendimiento del trabajo en especie que se devengará en el momento en que el beneficiario ejercite su derecho de opción de compra.

- VI. SUI y Ñ6, con base en las explicaciones del informe, recomendaríamos al cliente la capitalización de la deuda ya que incluso aunque los derechos de crédito compensados por el aumento se hayan adquirido al descuento, supone la opción más ventajosa pues la condonación penaliza a través de la integración de los ingresos financieros en la BI del IS.

- VII. En cuanto a la donación de la nuda propiedad de la participación de Don A a sus hijos, B y C. En A no existe ganancia ni pérdida patrimonial por lo que no estaría sujeto a IRPF. Respecto a B y C en aplicación de la normativa específica de la Comunidad de Madrid y previo cumplimiento de los requisitos enumerados en el presente informe, podrán acogerse a la bonificación del 99% en ISD, así como a la reducción del 95% en IP en favor a la continuidad y sucesión de las empresas familiares siempre que cese en el ejercicio de las labores de dirección.

