



Trabajo de Fin de Máster

2020

Autor: Iñigo Sánchez

Tutor: Francisco Javier Sánchez Gallardo

Indice

Abreviaturas	- 3 -
Informe Fiscal – Grupo “Familia”	- 4 -
o Descripción del grupo.....	- 4 -
o Objeto del Informe	- 4 -
Análisis de las operaciones	- 5 -
I. Ñ2, GAB y CHI.....	- 5 -
A. GAB - Venta de participaciones	- 6 -
B. CHI - Distribución de dividendos	- 9 -
II. Filial UK	- 11 -
A. Análisis de los activos	- 12 -
B. Estructuración de la adquisición	- 16 -
III. Ñ3 y el Fondo Internacional.....	- 20 -
A. Escisión de activos con aportación a NS	- 20 -
B. Venta del 40% de la participación de NS a la filial de FI	- 24 -
IV. Ñ4 y Ñ5.....	- 27 -
A. Ñ5 - Compensación de bases imponibles negativas.....	- 27 -
B. Plan de opciones sobre participaciones: IRPF de los empleados.....	- 31 -
V. SUI y Ñ6.....	- 34 -
A. Condonación del derecho de crédito	- 34 -
B. Capitalización del derecho de crédito.....	- 36 -
C. Recomendación	- 37 -
VI. Don A y sus hijos B y C	- 37 -
A. Tributación del donante	- 38 -
B. Tributación de los donatarios.....	- 41 -
Bibliografía	- 47 -
Leyes, Reglamentos y Convenios	- 47 -
Resoluciones y Consultas Vinculantes	- 48 -
Sentencias	- 49 -

Abreviaturas

IS: Impuesto sobre Sociedades

IVA: Impuesto Sobre el Valor Añadido

IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

ITPAJD: Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

ISD: Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

IP: Impuesto sobre el Patrimonio

IIVTNU: Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

LGT: Ley General Tributaria

LIS: Ley del Impuesto sobre Sociedades

TRLIS: Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

LIVA: Ley del Impuesto Sobre el Valor Añadido

LITP-AJD: Ley del Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

LIRPF: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

LIRNR: Impuesto sobre la Renta de No Residentes

LISD: Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

LIP: Ley del Impuesto sobre el Patrimonio

TPO: Transmisiones Patrimoniales Onerosas

CDI: Convenio de Doble Imposición

TEAC: Tribunal Económico Administrativo

DGT: Dirección General de Tributos

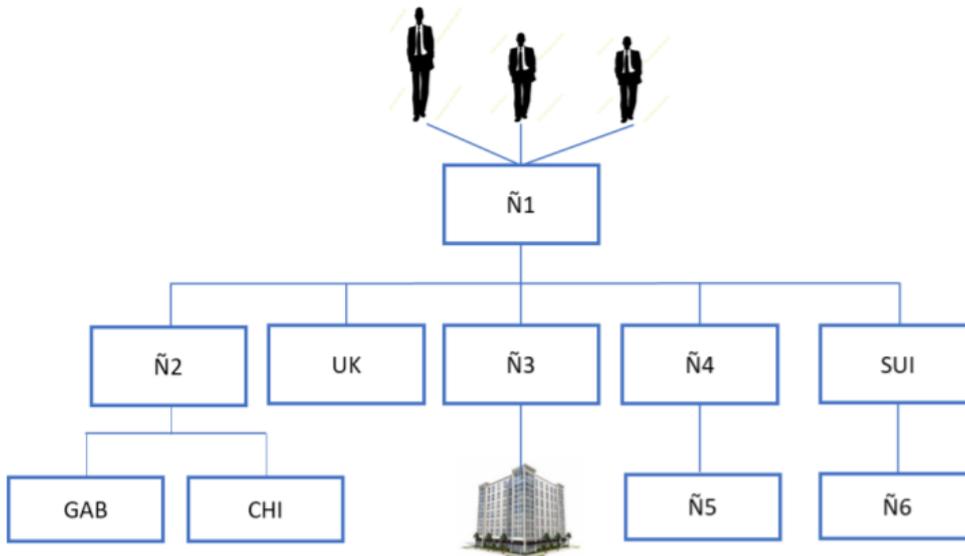
TSJ: Tribunal Superior de Justicia

Informe Fiscal – Grupo “Familia”

- Descripción del grupo

El grupo “Familia”, es un grupo empresarial dirigido por Don A y sus dos hijos B y C, ostentando cada uno respectivamente el 50%, 25% y 25% de las participaciones en la sociedad holding española Ñ1, que lidera un grupo multinacional, y cuya actividad consiste en la gestión de las entidades en las que participa.

La estructura simplificada del grupo queda representada por el siguiente esquema:



- Objeto del Informe

El objeto del presente informe es asesorar a la “Familia” en las diversas operaciones que realiza, exclusivamente en el ámbito de la fiscalidad española, teniendo en cuenta sus implicaciones tanto en materia de tributación directa como indirecta.

Análisis de las operaciones

I. Ñ2, GAB y CHI

Ñ2 es una sub-holding española, titular de la totalidad de las participaciones de dos filiales operativas GAB Y CHI, residentes respectivamente en Gabón y Chile.

La participación en GAB se adquirió en enero de 2010, y su valor de adquisición fue de 35 millones de euros.

Desde enero de 2017, GAB cuenta con una exención fiscal muy amplia, que incluye impuestos directos, indirectos y locales, que ha sido de aplicación en el periodo impositivo 2017 y siguientes.

En 2020, Ñ2 se está planteando la venta de la totalidad de su participación en 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.

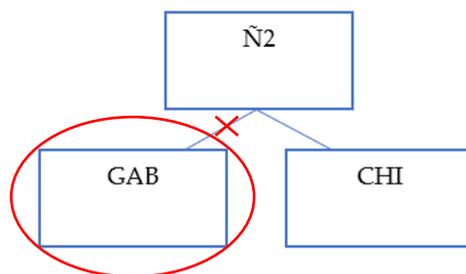
Además de lo anterior, GAB tiene una serie de activos cuyas plusvalías tácitas ascienden a 20 millones de euros.

El valor transmisión previsto es de 95 millones de euros.

En cuanto a la sociedad CHI, fue constituida en noviembre de 2019, y pese a que su ejercicio social fue de apenas dos meses, obtuvo un beneficio relevante en dicho año. Actualmente, se está planteando la distribución de un dividendo de 3 millones de euros a su socio único, Ñ2.

Por consiguiente, se analizarán ambas operaciones, de cara a determinar las consecuencias fiscales que acarrearían para Ñ2.

A. GAB - Venta de participaciones



La tributación de Ñ2 por la operación de compraventa de valores que se lleva a cabo atenderá a lo dispuesto en la LIS¹, y en concreto las normas de valoración recogidas en el artículo 17 implican que la operación debería tributar por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión.

De tal manera, con los datos facilitados, la cuantía objeto de tributación sería:

$$95.000.000 - 35.000.000 = 60.000.000 \text{ €}$$

Todo ello sin perjuicio de la aplicación de la exención del artículo 21.3 LIS, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios.

En efecto, el artículo 21.3 reza que:

“Estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo.”

Los requisitos del artículo 21.1 LIS a los que se hace referencia son:

- a) La tenencia de una participación igual o superior al 5%, o en su defecto que el valor de adquisición de las participaciones supere los 20 millones de euros, y mantener la participación durante 1 año de manera ininterrumpida.

El apartado 3 del artículo 21 señala que este requisito deberá cumplirse en el momento de la transmisión.

- b) En el caso de participaciones en entidades no residentes en territorio español, que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero similar, a un tipo de al menos el 10% en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios “con

¹ Ley 27/2014 del 24 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades.

independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos”.²

Si existe un CDI con España que contenga una cláusula de intercambio de información, se da por cumplido este requisito.

En aplicación al caso, el requisito del artículo 21.1.a) LIS se cumple sin lugar a duda, ya que la participación es del 100% desde 2010, pero el requisito de la letra b) no se cumple, debido a la exención subjetiva muy amplia de la que disfruta GAB desde 2017, y no existe actualmente un CDI con el Estado de Gabón.

Sin embargo, en relación con lo anterior, el artículo 21.3 LIS continúa indicando que:

“El requisito previsto en la letra b) del apartado 1 deberá ser cumplido en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación. 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.”

Por tanto, si bien a partir de 2017 no será de aplicación la exención del artículo 21.3 LIS, en los periodos de 2010 a 2016 sí que se cumplía el requisito de la letra b) del artículo 21.1 LIS³, generando derecho a la mencionada exención por la cuantía correspondiente.

² Se entiende que esta última frase hace referencia a los supuestos en los que la propia actividad realizada por la entidad participada goza de algún tipo de exención concreta recogida en la norma correspondiente, y no, como aquí es el caso, de los supuestos en los que se pacta una exención muy amplia mediante acuerdo fiscal.

³ Según el Instituto de Comercio Exterior, la imposición de sociedades está armonizada en la Comunidad Económica y Monetaria de África Central (CEMAC), atendiendo al artículo 16 del Código General de Impuestos (Code Général des Impôts), y el tipo general en Gabón es del 30%, superando por tanto el 10% mínimo.

Teniendo en cuenta que la ganancia para Ñ2 es de 60 millones de euros, hay 34 millones que provienen de beneficios no distribuidos entre 2010 y 2019, 20 millones que provienen de las plusvalías tácitas, y 6 millones sin origen específico, por lo que cabe analizar cada una de estas cuantías.

De los 34 millones, 19 millones se generan entre 2010 y 2016, de modo que esos 19 millones de euros estarán exentos de tributación, mientras que los 15 millones restantes, correspondientes a los beneficios generados entre 2017 y 2019, no lo estarán.

Sobre los 20 millones de plusvalías tácitas, de acuerdo con el artículo 21.3.b), se entenderán generadas de forma lineal, y estará exenta la parte proporcional correspondiente a los periodos en los que se cumplían los requisitos mencionados previamente, es decir de 2010 a 2016, siendo el cálculo el siguiente:

$$\text{Proporción de } 19.000.000 \text{ sobre } 34.000.000 = 55,88\%$$

$$20.000.000 * 55,88\% = 11.176.000 \text{ €}$$

Así pues, de esos 20 millones de euros, 11.176.000 € estarán exentos, y los 8.824.000 € restantes se integrarán en la base imponible.

Finalmente, en cuanto a los 6 millones restantes, tendrán el mismo tratamiento que las plusvalías tácitas, al considerarlos como valor intangible que se ha ido incrementando en cada periodo de actividad, es decir:

$$6.000.000 * 55,88\% = 3.352.800 \text{ €}$$

De modo que 3.352.800 € estarán exentos, y los 2.647.200 € restantes se integrarán en la base imponible.

Consecuentemente, la base imponible de Ñ2 en el impuesto sobre sociedades será:

$$15.000.000 + 8.824.000 + 2.647.200 = 26.471.200 \text{ €}$$

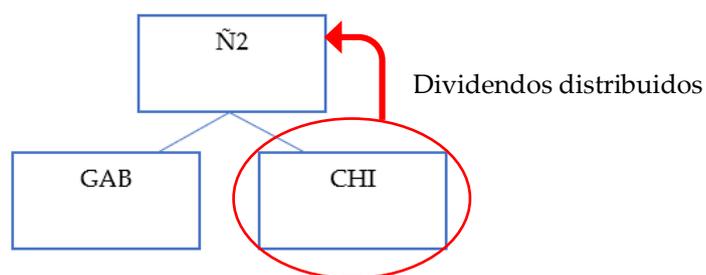
En virtud del artículo 29 LIS, el tipo general de gravamen es del 25%, por lo que la tributación directa que se genera en Ñ2 por la operación será:

$$26.471.200 * 0,25 = \mathbf{6.617.800 \text{ €}}$$

Por último, a pesar de que no afecte al presente caso, cabe resaltar que, en relación con la Ley de Presupuestos Generales del Estado⁴, y con efectos a partir del 1 de enero de 2021, se introducen principalmente los siguientes cambios en el artículo 21 LIS:

- El 21.1.a) se entiende cumplido únicamente si la participación es igual o superior al 5%, es decir ya no se tiene en cuenta el valor de adquisición de las participaciones.
- La exención se limita al 95% en vez del 100%, salvo que:
 - o La sociedad que recibe los dividendos cumpla ciertos requisitos, entre los cuales que tenga un importe neto de la cifra de negocios inferior a 40 millones de euros en el período impositivo inmediato anterior, y no sea entidad patrimonial según lo establecido en el artículo 5.2 LIS.
 - o La sociedad de la que proceden los dividendos se constituya a partir del 1 de enero de 2021.
 - o Los dividendos se perciban en los períodos impositivos que concluyan en los 3 años inmediatos y sucesivos al año de constitución de la filial (si es en 2021, únicamente tendrán el 100% de exención los dividendos percibidos en 2022, 2023 y 2024).
- Todo ello se aplica igualmente a las entidades en régimen de consolidación fiscal.

B. CHI - Distribución de dividendos



Respecto a los dividendos que Ñ2 recibiría por parte de CHI, y retomando la explicación del caso de GAB sobre el artículo 21.1 LIS, para que estén exentos se deben cumplir los requisitos de las letras a) y b), al tratarse de nuevo de una entidad no residente en España.

⁴ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

Las condiciones de la letra b) del artículo 21.1 LIS se ven automáticamente cumplidas en este caso, pues existe un CDI entre España y Chile⁵, que contiene una cláusula de intercambio de información en su artículo 25.

En cuanto a la letra a) del artículo 21.1 LIS, el requisito de participación se cumple igualmente, al poseer Ñ2 el 100% de CHI, superando por tanto el 5% necesario, y el requisito de mantener la posesión de forma ininterrumpida durante al menos 1 año puede verse cumplido en función del momento en el que se repartan los dividendos, por ejemplo, si fuera en diciembre de 2020, ya habría pasado 1 año.

No obstante, aunque no fuera el caso y el dividendo se repartiera sin haber transcurrido el plazo 1 año, se podría cumplir el requisito si posteriormente se mantiene la participación durante el tiempo necesario para llegar al año de tenencia, tal y como señala el precepto:

“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.”

De tal manera, en cualquier caso, se aplicará la exención a los dividendos repartidos por CHI.

Por otra parte, de cara a la cuantificación de los dividendos efectivamente percibidos por Ñ2, en virtud del artículo 10.2.a) del CDI entre España y Chile, la retención aplicada por las autoridades chilenas:

“(…) no podrá exceder del:

a) 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee directa o indirectamente al menos el 20 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos”

Así pues, aplicando un 5% de retención sobre los 3.000.000 € de dividendos, el importe que recibirá Ñ2 será:

$$3.000.000 - (3.000.000 * 0,05) = \mathbf{2.850.000 \text{ €}}$$

Dicho importe, como se ha mencionado previamente, quedará exento de tributación.

⁵ Convenio entre el Reino de España y la República de Chile para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 7 de julio de 2003.

Finalmente, en caso de que Ñ2 liquide el pago fraccionado del Impuesto sobre Sociedades conforme a la modalidad de base, cabe atender a lo establecido en el artículo 40.3 LIS, según lo cual los pagos fraccionados se calculan dependiendo de la base imponible que surgiría del período de los 3, 9 u 11 meses, es decir hasta abril, octubre o diciembre de 2020.

Al estar los dividendos percibidos por Ñ2 exentos de tributación, en principio no afectarían al importe de los pagos fraccionados, pero según la Disposición Adicional 14ª LIS:

“1. Los contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios en los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el período impositivo, sea al menos 10 millones de euros, deberán tener en cuenta, en relación con los pagos fraccionados que se realicen en la modalidad prevista en el apartado 3 del artículo 40 de esta Ley, las siguientes especialidades:

a) La cantidad a ingresar no podrá ser inferior, en ningún caso, al 23 por ciento del resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural o, para contribuyentes cuyo período impositivo no coincida con el año natural, del ejercicio transcurrido desde el inicio del período impositivo hasta el día anterior al inicio de cada período de ingreso del pago fraccionado (...)”

Asumiendo que Ñ2 supera el importe de 10 millones de euros al que se refiere el precepto, sería de aplicación esta disposición, y en tal caso si que se incluirían los dividendos percibidos, a pesar de estar exentos de tributar, ya que los pagos fraccionados se calculan con base en el resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por todo lo anterior, se recomienda que CHI distribuya los dividendos en diciembre de 2020, para que el importe correspondiente no se incluya en el cálculo del pago fraccionado del periodo de los 11 meses, esto es, el resultado hasta noviembre incluido.

II. Filial UK

La filial UK es residente en el Reino Unido, se dedica a la actividad de las telecomunicaciones, y se cuestiona, a efectos fiscales, sobre la adquisición, a una sociedad española, de una serie de activos situados en territorio español.

El asesoramiento sobre tributación indirecta en este asunto tendrá en cuenta:

- Si el conjunto de los activos constituye, o no, una unidad económica autónoma en sede del transmitente.
- Si los bienes se califican como bienes muebles o inmuebles.

Asimismo, se recomendará una estructura adecuada para llevar a cabo la adquisición.

A. Análisis de los activos

Cabe comenzar el análisis indicando que, en virtud del artículo 4.Uno LIVA⁶:

“Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional”

Por otra parte, según el artículo 7.1.A) LIPT-AJD⁷, son transmisiones patrimoniales sujetas:

“Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.”

Sin embargo, ambos impuestos no son compatibles entre sí, tal y como señala el artículo 7.5 LITP-AJD:

“No estarán sujetas al concepto de «transmisiones patrimoniales onerosas», regulado en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido.”

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe analizar la compraventa de activos en función de los distintos escenarios posibles.

- 1) Si el conjunto de activos constituye una unidad económica autónoma, y:
 - Los activos son bienes muebles.

En principio puede parecer que la operación está sujeta al IVA, al tratarse de una entrega de bienes en el territorio de aplicación del impuesto, y que se realiza entre empresarios o

⁶ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

⁷ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

profesionales, por ser sociedades mercantiles atendiendo a lo establecido en el artículo 5.Uno.b) LIVA.

Además, el artículo 4.Dos.b) LIVA reza que se entenderán realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional:

“Las transmisiones o cesiones de uso a terceros de la totalidad o parte de cualesquiera de los bienes o derechos que integren el patrimonio empresarial o profesional de los sujetos pasivos”

No obstante, el artículo 7.1º LIVA señala expresamente que no estarán sujetas al impuesto:

“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 o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos”

El concepto de unidad económica no queda definido en la normativa, pero jurisprudencialmente se considera como los factores que se destinen a la organización de una actividad, siempre que constituyan una estructura que sea susceptible de explotación autónoma por el transmitente.⁸

El TEAC también apunta que se transmite una unidad económica autónoma, cuando hay transmisión de un conjunto de activos y pasivos de una sociedad, que constituyen una organización capaz de desarrollar una actividad por sus propios medios.⁹

A estos efectos, la DGT, en su Consulta Vinculante 695/2020¹⁰ indica que los requisitos de unidad económica autónoma deben cumplirse en sede del transmitente, con independencia de que posteriormente se cumplan en sede del adquirente, y concluye que:

“En estas circunstancias, puede señalarse que los elementos transmitidos se acompañan de la necesaria estructura organizativa de factores producción en los términos establecidos en el artículo 7.1º de la Ley 37/1992 (EDL 1992/17907) que determinan la no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido.”

Por tanto, en el presente caso, si el conjunto de activos constituye una unidad económica autónoma en sede del transmitente, la operación quedará no sujeta al IVA.

⁸ TSJ Galicia, sec. 4ª, S 14-05-2019, nº 260/2019, rec. 15288/2018.

⁹ TEAC, Resolución 9438/2015 de 28 de Marzo de 2019.

¹⁰ DGT, Consulta Vinculante 695/2020 de 3 de Abril de 2020.

La no sujeción al IVA no implica la sujeción a TPO, ya que la exclusión que recoge el artículo 7.5 LITP-AJD abarca a cualesquiera operaciones que sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, y dicha circunstancia supone por si sola la no sujeción a TPO, tanto si la operación está sujeta a IVA como si constituye un supuesto de no sujeción.¹¹

La DGT mantiene este criterio en su Consulta Vinculante 2488/17¹², al indicar que:

“No están sujetos a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD por aplicación la regla general del artículo 7.5 del texto Refundido, por tratarse de una operación realizada por un empresario en el ejercicio de su actividad empresarial, sin que le sea de aplicación la excepción establecida en el párrafo segundo de dicho precepto, dado el carácter mobiliario de los bienes transmitidos.”

- Los activos son bienes inmuebles.

A efectos del IVA, el tratamiento para los bienes inmuebles será el mismo que para los bienes muebles, es decir la no sujeción al impuesto.

En cambio, a efectos de TPO, el artículo 7.5 LITP-AJD señala que estarán sujetas al impuesto:

“(…) las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido.”

De tal manera, de tratarse de bienes inmuebles, la operación sí quedaría sujeta al TPO.

- 2) Si el conjunto de activos no constituye una unidad económica autónoma, y:
 - Los activos son bienes muebles.

Sobre la base de lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta que aquí ya no sería de aplicación el artículo 7.1º LIVA, la operación esta vez quedaría sujeta al IVA.

Es relevante destacar que, en virtud de los artículos 25 LIVA y 13 RIVA¹³, si la operación se pudiera considerar como entrega intracomunitaria de bienes, por producirse un transporte efectivo de los bienes desde España a Reino Unido, esta quedaría exenta de IVA.

¹¹ DGT, Consulta Vinculante 1570/2011 de 16 de Junio de 2011.

¹² DGT, Consulta Vinculante 2488/2017 de 4 de Octubre de 2017.

¹³ Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (...).

Sin embargo, según los datos facilitados, parece más probable que los activos se mantengan en España para su explotación, sin que salgan de dicho territorio.

- Los activos son bienes inmuebles.

Respecto a los bienes inmuebles con consideración de edificaciones, si se trata de primera entrega la operación estará sujeta y no exenta de IVA, definiéndose la primera entrega como:

“la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. No obstante, no tendrá la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo.”

De no poder considerarse como primera entrega, la operación se podrá beneficiar de la exención prevista para las segundas o ulteriores entregas, tal y como indica el artículo 20.Uno.22º.A) LIVA.

Así pues, la operación quedaría exenta de IVA pero sujeta a TPO, al ser una de las excepciones previstas en el artículo 7.5 LITP-AJD, según el cual:

“quedarán sujetas a dicho concepto impositivo [TPO] las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido”

Igualmente, el artículo 4.Cuatro LIVA establece que estarán sujetas a TPO:

“las entregas y arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución o transmisión de derechos reales de goce o disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando estén exentos del impuesto, salvo en los casos en que el sujeto pasivo renuncie a la exención en las circunstancias y con las condiciones recogidas en el artículo 20.Dos.”

En efecto, la exención para segundas o ulteriores entregas es susceptible de renuncia, según indican los artículos 20.Dos LIVA y 8 RIVA, siempre que el empresario adquirente tenga derecho a la deducción total o parcial del IVA, y que la renuncia se comunique expresamente antes o en el momento de la entrega de los bienes.

Por último, en todos los escenarios contemplados se devengará AJD en la modalidad de documentos notariales, de acuerdo con el artículo 28 LITP-AJD, por las escrituras y actas necesarias para llevar a cabo la operación, en los términos del artículo 31 LITP-AJD.

B. Estructuración de la adquisición

- Adquisición a través de una sociedad.

Si la adquisición de los activos se lleva a cabo mediante una sociedad española de nueva creación, se generarán los gastos asociados a dicha creación, como los gastos notariales o de registro, y más adelante a los costes del desarrollo de actividad, como los de personal, aunque quedará exenta de tributar por su constitución, en virtud del artículo 45.1.B).11 LITP-AJD.

Una vez que la nueva sociedad esté en funcionamiento y explote los activos adquiridos, conseguirá beneficios que serán gravados en el IS al 15% durante 2 años por empresa de nueva creación, y luego al 25%, según dispone el artículo 29.1 LIS.

Con base en esos beneficios, se repartirán dividendos a la Filial UK, socia única, que no sufrirán retención, puesto que tal y como reza el artículo 10.2 del CDI entre España y Reino Unido¹⁴:

“estarán exentos de imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos cuando su beneficiario efectivo sea:

(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) (ii) en el que el pagador de los dividendos es un instrumento de inversión)”

Ciertamente, la Filial UK se dedica a la actividad de telecomunicaciones, no se considera instrumento de inversión, y poseería el 100% de la nueva sociedad por lo que se podría aplicar la exención indicada en el precepto.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 14.1.h) de la LIRNR¹⁵, aplicable aún en este año 2020, estarán exentos:

“los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea”

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

¹⁵ Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

La aplicación de esta exención requiere que ambas sociedades estén sujetas y no exentas de tributos que graven los beneficios de las sociedades, que los beneficios no sean distribuidos por causas de liquidación, y que ambas sociedades revistan las formas previstas, cumpliéndose en este caso todos estos requisitos.

Del mismo modo, sigue siendo aplicable el artículo 14.1.c) LIRNR, según el cual los intereses pagados por la nueva sociedad a la Filial UK estarían exentos de tributar, salvo que el activo de la nueva sociedad consistiera principalmente, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en territorio español.

Finalmente, en caso de desinversión se podría vender la nueva sociedad mediante la venta de sus acciones, lo que generará en su caso una ganancia patrimonial en la Filial UK:

- Si los activos son bienes inmuebles, se aplicará el artículo 13.5 del CDI entre España y Reino Unido, y la ganancia en su caso estaría sometida a gravamen en España.
 - Si los activos son bienes muebles, se aplicará el artículo 13.6 del CDI entre España y Reino Unido, y la ganancia en su caso estaría sometida a gravamen en Reino Unido.
- Inversión directa.

En relación con la adquisición de los activos mediante inversión directa, es relevante determinar si existe un establecimiento permanente, definido el artículo 69.Tres.2º LIVA y el artículo 5.1 del CDI entre España y Reino Unido como un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.

Sobre este aspecto, el apartado 4 del artículo 5 del CDI señala que no considera establecimiento permanente, entre otros, el lugar fijo de negocios que realice únicamente funciones auxiliares o preparatorias.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo se acoge al criterio europeo, según el cual solo existirá establecimiento permanente si goza de una estructura apta en un Estado Miembro distinto del de la propia sede, se organiza como un conjunto de medios materiales y humanos que impliquen una división del trabajo, tiende a cierta permanencia en el tiempo, y realiza sus actividades con autonomía.¹⁶

¹⁶ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, Rec. 6381/2008, de 23 de Enero de 2012.

Partiendo de lo anterior, tanto la DGT como el TEAC consideran que la falta de medios materiales y humanos, propios o subcontratados, para el desarrollo de una actividad económica implica que no exista establecimiento permanente.¹⁷

Fiscalmente, las rentas obtenidas por un establecimiento permanente se gravarán atendiendo al régimen general del IS, según dispone el artículo 18 LIRNR, y será sujeto pasivo del IVA, según dispone el artículo 84.Dos LIVA.

No obstante, atendiendo al régimen particular, recogido en el artículo 18.5 LIRNR, si un establecimiento permanente situado en territorio español transfiere al extranjero un elemento patrimonial, se integrará en su base imponible la diferencia entre su valor de mercado y su valor contable, sin perjuicio de que se pueda solicitar aplazar la tributación hasta el momento de una futura transmisión a terceros, siempre y cuando el estado extranjero sea miembro de la Unión Europea y exista un intercambio efectivo de información.

En el caso actual, ante la dificultad de determinar si existe un lugar fijo de negocios que pueda constituir realmente un establecimiento permanente, se considerará que no hay.

En lo que respecta a las rentas derivadas de la explotación de los bienes, si son muebles tributarán en Reino Unido en virtud del artículo 7 del CDI entre España y Reino Unido, y si son inmuebles tributarán en España, en virtud del artículo 6 del CDI entre España y Reino Unido.

Por último, en caso de desinversión, esta vez sería por la venta de los activos, lo que generará en su caso una ganancia patrimonial en la Filial UK:

- Si los activos son bienes inmuebles, se aplicará el artículo 13.1 del CDI entre España y Reino Unido, y la ganancia en su caso estaría sometida a gravamen en España.
 - Si los activos son bienes muebles, se aplicará el artículo 13.6 del CDI entre España y Reino Unido, y la ganancia en su caso estaría sometida a gravamen en Reino Unido.
- Recomendación.

Atendiendo a todo lo expuesto, se recomienda estructurar la adquisición mediante la creación de una nueva sociedad en caso de que los bienes sean muebles, pero en caso de que sean inmuebles se recomienda adquirirlos por inversión directa, ya que al tratarse de bienes

¹⁷ DGT, Consulta Vinculante 116/20 de 21 de Enero de 2020 ; TEAC, Resolución 2330/2013 de 20 de Octubre de 2016.

inmuebles se pierden ventajas fiscales como es el caso de los intereses, y no compensaría los gastos en los que se debería incurrir para la creación y la actividad de la nueva sociedad.

Es relevante señalar que, a pesar de no afectar al presente caso, mediante Resolución de la DGT de 4 de enero de 2021¹⁸, se reconoce la reciprocidad del artículo 119 bis.2.º LIVA, respecto a la devolución del IVA a los empresarios o profesionales establecidos en Reino Unido o en Irlanda del Norte, sin perjuicio de que en Reino Unido no se procederá a la devolución de las cuotas soportadas o satisfechas:

- “a) Por bienes y servicios adquiridos que no se afecten a la actividad empresarial o profesional.*
- b) Por bienes y servicios que se destinen a la reventa.*
- c) Por bienes y servicios que se refieran a espectáculos o servicios de carácter recreativo.*
- d) Por la adquisición de un vehículo automóvil.*
- e) Del 50 por ciento del IVA soportado, por el alquiler o el arrendamiento financiero de un vehículo automóvil.”*

Esta Resolución solo afectará a las solicitudes que se presenten a partir del 5 de enero de 2021 y se refieran a cuotas del Impuesto devengadas con posterioridad a la misma.

- Cambios en 2021 por el Brexit.

A modo de conclusión cabe apuntar que, a partir del 1 de enero de 2021, la fiscalidad relacionada con Reino Unido conocerá varios cambios por motivo del Brexit, y los que están relacionados con el presente caso son principalmente los siguientes:

- En el IVA, se aplicarán las reglas de localización previstas en los artículos 69 y 70 de la LIVA, teniendo en cuenta que Reino Unido deja de pertenecer a la Unión Europea. Las operaciones dejarán de calificarse como intracomunitarias y ya no deberán informarse a través del modelo 349, y las empresas españolas ya no deberán identificarse con NIF-IVA.
- En el IRNR, ya no serán de aplicación las exenciones del artículo 14 LIRNR. El tipo de gravamen pasará de ser el 19% habitual entre Estados Miembros a ser el 24%.

¹⁸ Resolución de 4 de enero de 2021, de la Dirección General de Tributos, sobre la devolución del Impuesto sobre el Valor Añadido a los empresarios o profesionales establecidos en los territorios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

A pesar de lo anterior, independientemente del Brexit, el CDI entre España y Reino Unido seguirá plenamente aplicable.

III. Ñ3 y el Fondo Internacional

La sociedad Ñ3 se dedica a la formación universitaria. Cuenta en su activo con la titularidad de los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad educativa y parte de los cuales, además, se arrienda a otras sociedades del grupo para el desarrollo de otras actividades. La gestión y el mantenimiento de los inmuebles se realiza a través de medios humanos y materiales exclusivamente utilizados para dicha actividad.

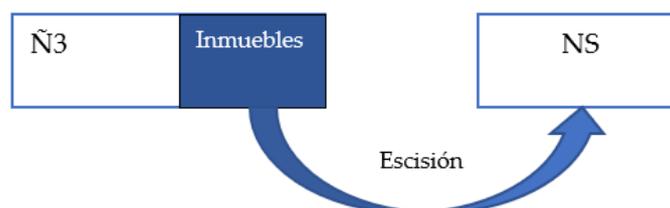
Actualmente, un fondo internacional (en adelante FI) quiere invertir en la actividad inmobiliaria, a través de una filial española, limitándose a la titularidad de los activos inmobiliarios, así como su explotación.

El valor fiscal de los activos inmobiliarios en sede de Ñ3 es actualmente de 29 millones de euros, mientras que su valor de mercado asciende a 50 millones de euros.

El planteamiento de Ñ3 consiste en la posibilidad de escindir los inmuebles y aportarlos, junto con los contratos del personal asociado a la actividad inmobiliaria, a una sociedad española de nueva constitución (en adelante NS) en la que Ñ3 ostentaría un 100% de la participación. Tras la aportación de 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.

De tal manera, para analizar la entrada del fondo internacional inversor bajo esta perspectiva, cabe diferenciar las siguientes operaciones:

A. Escisión de activos con aportación a NS



- Régimen especial de las operaciones de reestructuración empresarial.

El capítulo VII del Título VII de la LIS establece el régimen especial aplicable a fusiones, escisiones o aportaciones de activos, entre otras, y a su vez señala las definiciones de dichas operaciones.

En particular, la figura de la escisión parcial, viene definida en el artículo 76.2.1º.b), en estos términos:

“2. 1.º Tendrá la consideración de escisión la operación por la cual:

(...)

b) 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.”

A su vez, el artículo 76.3 define la aportación no dineraria de rama de actividad 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.”

En cuanto a la definición de rama de actividad a efectos del régimen especial, se encuentra en el artículo 76.4:

“Se entenderá por rama de actividad 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.”

Las dos figuras anteriores son por tanto similares, pero difieren en un aspecto relevante, y es que en la escisión parcial las participaciones son recibidas por los socios de la entidad escindida, mientras que en la aportación no dineraria de rama de actividad ésta las recibe directamente.

A raíz de lo expuesto, la reorganización se podrá articular mediante aportación no dineraria de rama de actividad, también identificada como segregación a efectos de la Ley de Modificaciones Estructurales¹⁹, ya que:

- Ñ3 escinde no solo los inmuebles sino también los contratos del personal asociado a la actividad inmobiliaria, transmitiendo por tanto una rama de actividad a la sociedad NS.
- A su vez mantiene la rama de actividad educativa en su patrimonio.
- Según la información disponible, Ñ3 debe recibir directamente las participaciones en NS, en vez de que sean recibidas por Ñ1.

De tal manera, la operación se podrá amparar en el régimen especial, y su aplicación permitirá, en virtud del artículo 77 LIS, que no se integren en la base imponible las rentas que se deriven de la transmisión de la rama de actividad de Ñ3 a NS al ser ambas entidades residentes en España y estar situados los activos también en España.

Asimismo, según los artículos 78 y 79 LIS, los activos que se transfieran de Ñ3 a NS no verán su valor actualizado, por lo que, a efectos fiscales, se valorarán por el mismo valor que tenían en Ñ3, es decir que tendrán un valor de 29.000.000 € en NS, y, de igual modo, las participaciones de NS que se entreguen a Ñ3, es decir el 100%, se valorarán, a efectos fiscales, por 29.000.000 € en Ñ3.

Cabe resaltar que, a efectos del IVA, el artículo 7.1º LIVA señala la no sujeción al impuesto de esta operación, al transmitirse un conjunto de elementos que forman parte del patrimonio empresarial y constituyen una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios.

¹⁹ Atendiendo al artículo 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la segregación se identifica plenamente con la aportación no dineraria de rama de actividad, puesto que la única diferencia es la mención de “sucesión universal” en la definición de segregación, pero que no tiene relevancia porque la LIS tampoco menciona la sucesión universal en las demás definiciones, como la escisión o la fusión, y sin embargo se corresponden en ambas leyes.

En concreto, no estará sujeta la transmisión de todos los elementos afectos a una actividad inmobiliaria, constituidos por una serie de inmuebles arrendados junto con los contratos del personal asociado a la actividad inmobiliaria.²⁰

Igualmente, a efectos del IIVTNU²¹, la Disposición Adicional 2ª LIS establece que:

“No se devengará el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en Capítulo VII del Título VII de esta Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el art. 87 de esta Ley cuando no se hallen integrados en una rama de actividad.

En la posterior transmisión de los mencionados terrenos 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 por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en el Capítulo VII del Título VII.”

Así pues, este impuesto, conocido como plusvalía municipal, tampoco se devengará en la operación.

Por último, para permitir la aplicación del régimen especial, las operaciones deben cumplir con lo dispuesto en el artículo 89 LIS, es decir:

- Comunicar a la Administración Tributaria el tipo de operación que se realiza y si se opta por no aplicar el régimen fiscal especial.
La falta de presentación de esta comunicación constituirá una infracción sancionada con una multa de 10.000 €.
- Realizar la operación por motivos económicos válidos, lo que implica que el principal motivo no debe ser la obtención de una ventaja fiscal.

En consecuencia, los principales riesgos al llevar a cabo la operación pueden ser la posible sanción explicada previamente, al igual que la denegación del régimen especial de diferimiento si no se consigue probar la existencia de motivos económicos válidos, que conllevaría una actualización de valor por la que Ñ3 tendría que tributar.

²⁰ DGT, Consulta Vinculante 2332/2011 de 3 de Octubre de 2011.

²¹ Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, recogido en la Subsección 6ª del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y desarrollado a nivel municipal.

No obstante, en este caso el motivo económico es válido, al ser una reestructuración para permitir la entrada de un inversor, y no un mero artificio.

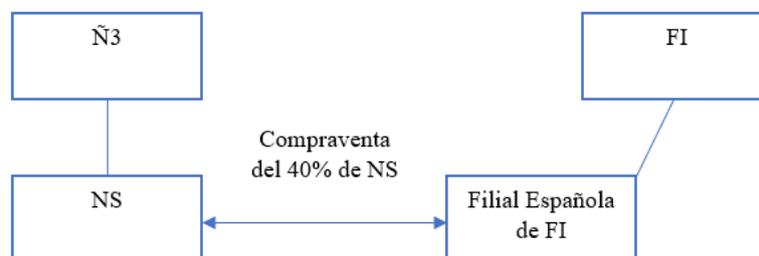
- Consecuencias en caso de no aplicar el régimen especial.

Como se ha indicado previamente, de no aplicar el régimen especial Ñ3 no se podría acoger al diferimiento del impuesto, y la transmisión de la actividad inmobiliaria de Ñ3 a NS quedaría sujeta al régimen general del artículo 17 LIS, relativo a la regla general y a las reglas especiales de valoración en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias.

El régimen general conllevaría efectos fiscales tanto para Ñ3 como para Ñ1:

- En Ñ3, se producirá una actualización de valor de los activos transmitidos, integrándose en su base imponible el importe correspondiente a la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal, siendo en este caso de 21 millones de euros.
Por otra parte, se devengaría el IIVTNU asociado a los inmuebles objeto de la operación.
- En Ñ1 no se genera ganancia patrimonial, ya que, al tratarse de una aportación no dineraria de rama de actividad en lugar de una escisión parcial, es Ñ3 quien recibe las participaciones en NS, y por ello no hay un efecto directo para Ñ1. No obstante, puede darse un efecto indirecto en relación con los dividendos de Ñ3, o por el aumento del valor de las participaciones de Ñ3, de cara a una futura venta, todo ello sin perjuicio de la aplicación de las exenciones de los artículos 21.1 y 21.3 LIS.

B. Venta del 40% de la participación de NS a la filial de FI



Una vez efectuada la aportación no dineraria de rama de actividad, Ñ3 procederá a vender el 40% de las participaciones de NS a la Filial Española de FI, con las correspondientes implicaciones fiscales.

En sede de Ñ3 como transmitente, la venta de las participaciones provocará una actualización de su valor, que no se dio en el momento de la aportación no dineraria de rama de actividad por aplicación del régimen especial:

Valor anterior de las participaciones = 29.000.000 €

Valor total actualizado de las participaciones = 50.000.000 €

Incremento de valor = 21.000.000 €

Para calcular la ganancia real en Ñ3 por la venta del 40% sobre el total de 50.000.000 €, hay que restar el 40% sobre los 29.000.000 € que venían de la aportación no dineraria de rama de actividad, lo que es igual a calcular directamente el 40% sobre el incremento de 21.000.000 €.

De tal manera la ganancia será:

$21.000.000 * 0,4 = 8.400.000 \text{ €}$

La ganancia está sujeta y no exenta, puesto que no es aplicable el artículo 21.3 LIS, al no cumplirse las condiciones del artículo 21.1.a) LIS en el momento de la transmisión, esto es, que la participación de Ñ3 en NS, a pesar de ser del 100%, no se ha poseído durante 1 año, al ser NS de nueva creación.

Por tanto, aplicando el tipo de gravamen del 25%, establecido en el artículo 29 LIS, la tributación de Ñ3 por la ganancia será:

$8.400.000 * 0,25 = \mathbf{2.100.000 \text{ €}}$

En cuanto a la sociedad adquirente, Filial Española de FI, por la propia adquisición no realiza un hecho objeto de tributación directa, por lo que habrá que examinar las implicaciones en imposición indirecta.

Sobre este aspecto, tanto la LIVA, en su artículo 20.Uno.18.k, como la LITP-AJD, en su artículo 45.B.9, reenvían a la Ley del Mercado de Valores²², y en concreto al antiguo artículo 108, que es el actual artículo 314.

Este último artículo, en sus apartados 1 y 2 indica que:

²² Antigua Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siendo la versión actual la del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

“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.”

Asimismo, señala que se entenderá que existe el mencionado ánimo de elusión:

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

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

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

En aplicación de la normativa expuesta, destaca que no se cumple lo enunciado en las letras a) y b), al adquirirse el 40% y no el 50%, de modo que la Filial Española de FI no obtiene el control de NS, y respecto a la letra c) tampoco se cumple, puesto que la aportación de los bienes inmuebles se realiza con el objeto concreto de permitir la entrada del inversor en la actividad inmobiliaria para su explotación, de modo que la sociedad adquirente queda exenta de tributación indirecta.

IV. Ñ4 y Ñ5

En 2020 la sociedad Ñ1 adquirió la participación en la sociedad Ñ4, que es socia única de la constructora inmobiliaria Ñ5, la cual tuvo pérdidas relevantes en el periodo 2013-2018, y actualmente tiene bases imponibles negativas por importe de 17 millones de euros.

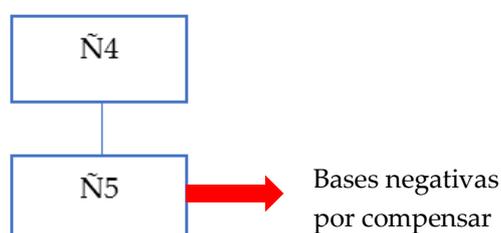
Las construcciones habían estado paralizadas desde 2016, pero desde hace unos meses ha retomado su actividad y prevé obtener ingresos derivados de la venta de las nuevas viviendas. Además, la gestión de los servicios comunitarios de las urbanizaciones ha aportado ingresos, aunque poco significativos, durante todos estos años.

Por otra parte, la sociedad Ñ5 ha ofrecido a sus 23 empleados, por primera vez y de manera excepcional, un plan de incentivos a largo plazo, que consiste en la concesión de opciones intransmisibles sobre las participaciones de Ñ4.

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.

En consecuencia, se procederá a analizar en primer lugar la posibilidad de compensar las bases imponibles negativas de Ñ5, y en segundo lugar la tributación en el IRPF de sus empleados por las opciones sobre participaciones en Ñ4.

A. Ñ5 - Compensación de bases imponibles negativas



La compensación de bases imponibles negativas es un mecanismo que los contribuyentes tienen para reducir sus bases imponibles, mediante las pérdidas generadas en periodos anteriores.

Se trata de un derecho, su ejercicio es potestativo, y no es obligatorio compensar las bases imponibles negativas con rentas positivas obtenidas en ejercicios inmediatos posteriores.²³

El régimen de este mecanismo se encuentra regulado en el artículo 26 y en algunas disposiciones de la LIS, y recoge varios aspectos a tener en cuenta para poder compensar las bases imponibles negativas.

- Límite temporal.

A nivel temporal, no existe ninguna limitación para proceder a la compensación, y en ese sentido la Disposición Transitoria 21 de la LIS señala que:

“Las bases imponibles negativas pendientes de compensación al inicio del primer período impositivo que hubiera comenzado a partir de 1 de enero de 2015, se podrán compensar en los períodos impositivos siguientes.”

Sobre este particular cabe resaltar que en el ya derogado TRLIS, y en concreto en su artículo 25.1, sí que se establecía un límite de 18 años para compensar las bases imponibles negativas.

- Límite cuantitativo.

En relación con la cuantía compensable, el artículo 26.1 LIS indica que se limitará al 70 por ciento de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización, o en todo caso a 1 millón de euros²⁴.

Sin embargo, existen ciertas excepciones a la limitación del 70%, que permiten compensar la totalidad (siempre que la base imponible previa a la compensación sea superior), y que son:

- El mínimo de 1 millón de euros, indicado previamente.
- Quitas y esperas.
- Extinción de la entidad.
- Entidades de nueva creación.
- Reversión de deterioros.

Respecto al límite del millón de euros, su funcionamiento se puede resumir así:

- a) Si las bases imponibles negativas son inferiores a 1 millón de euros, entonces se puede compensar la totalidad.

²³ DGT, Consulta Vinculante 1054/2013 de 2 de Abril de 2013.

²⁴ DGT, Consulta Vinculante 1057/2016 de 16 de Marzo de 2016.

b) Si las bases imponibles negativas son superiores a 1 millón de euros, entonces se pueden dar dos casos:

1. El límite del 70% supera 1 millón de euros, y se puede compensar la totalidad de la base imponible negativa hasta es el importe de dicho límite.
2. El límite del 70% no supera 1 millón de euros, y se puede compensar la base imponible negativa hasta el millón de euros, quedando el exceso pendiente de compensar para los períodos impositivos siguientes.

Asimismo, el límite del 70% es un límite general, y puede reducirse al 50% o al 25%, en función del importe neto de la cifra de negocios de la entidad, según reza la Disposición Adicional 15 de la LIS.

En efecto, si este importe es inferior o igual a 20 millones de euros, el límite será el 70%, y si el importe esta entre 20 y 60 millones, o supera los 60 millones, el límite será de 50% o 25% respectivamente.

- Exclusión de la posibilidad de compensación.

Igualmente, existen una serie de circunstancias que al concurrir excluyen la posibilidad de compensar las bases imponibles negativas, y son las establecidas en el artículo 26.4 de la LIS.

Estas son:

- Que la participación en la entidad con bases imponibles negativas, que otorgue la mayoría de su capital social o de los derechos a participar en sus resultados, se adquiera con posterioridad a la conclusión del período impositivo en el que se generaron las bases imponibles negativas pendientes de compensar.
- Que, con anterioridad a la conclusión del período impositivo en el que se han generado las pérdidas, se tenga una participación inferior al 25% del capital de la entidad o de los derechos a participar en los resultados de la misma.
- Que tanto la adquisición como la tenencia de las participaciones se puede manifestar en una misma entidad o en un grupo de entidades vinculadas.
- Que la entidad cuyas participaciones se adquieren debe estar en inactividad, realizar actividades diferentes, ser una entidad patrimonial o estar dada de baja en el índice de entidades.

Es relevante añadir que las bases imponibles se deberán acreditar para ser posible su compensación, y la Administración Tributaria cuenta con un plazo de 10 años para comprobar dichas bases negativas, en virtud de los artículos 26.5 de la LIS y 66 bis de la LGT.

- Aplicación al caso concreto

Atendiendo a lo expuesto, y en particular a las circunstancias de exclusión del artículo 26.4 de la LIS, la sociedad Ñ5 podría verse en la imposibilidad de compensar sus bases imponibles negativas, dependiendo de si la adquisición por parte de Ñ1 de la participación en Ñ4, le otorga la mayoría del capital o no, ya que los datos facilitados por el Grupo “Familia” no permiten determinarlo.

En efecto, Ñ4 al ser socia única posee el 100% de Ñ5, y si Ñ1 adquiere la mayoría del capital de Ñ4, entonces se cumpliría la primera circunstancia de exclusión, ya que se adquiriría también la mayoría de Ñ5, y al ser la adquisición en 2020, sería con posterioridad a los ejercicios que generaron las bases imponibles negativas. La segunda circunstancia también se cumple ya que en los periodos anteriores a la generación de las bases negativas Ñ1 no tenía ninguna participación.

Por último, Ñ5 está en una situación en la que realiza actividades diferentes, considerándose como tales actividades aquellas que pertenezcan a grupos distintos según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas²⁵, ya que una es la construcción y otra es la gestión de servicios comunitarios, incluidos gimnasios, los cuales se consideran como actividad recreativa.

De tal manera, se darían todas las circunstancias para la exclusión de la compensación de los bases negativos.

En caso contrario, incumpléndose la primera circunstancia, las bases se podrían compensar, con las condiciones mencionadas anteriormente.

- Conflicto doctrinal: Límite en el plazo reglamentario de la declaración

A modo de breve conclusión, hay un aspecto más a tener en cuenta, que puede limitar la compensación de las bases imponibles negativas, y es el caso del ejercicio de esta opción, pero en la presentación de una declaración extemporánea.

El conflicto se debe a que varios Tribunales Superiores de Justicia entienden que la extemporaneidad no puede excluir el derecho a la compensación de bases negativas, entre ellos el TSJ de Cantabria, con su reciente sentencia del 11 mayo de 2020.²⁶

²⁵ Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009).

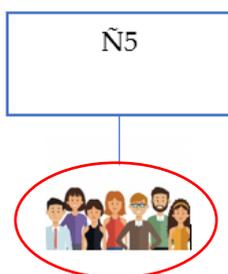
²⁶ TSJ Cantabria, sec. 1ª, S 11-05-2020, nº 137/2020, rec. 267/2019.

El TEAC no comparte este criterio, al igual que la DGT, por lo que el conflicto perdura.²⁷

No obstante, si el Tribunal Supremo parecía en principio seguir la misma línea en su sentencia del 18 de mayo de 2020²⁸, al desestimar el recurso de casación por ejercitarse, fuera del plazo previsto, la opción del régimen especial de trabajadores desplazados a territorio español, seguidamente afirma que el contribuyente sí que podría haber ejercitado la opción incluso fuera de plazo, si no se hubiera regulado expresamente la falta de ejercicio de la opción, como sí es el caso de dicho régimen especial.

En cambio, en el caso de la compensación de bases imponibles negativas del IS no se regula expresamente, por lo que el Tribunal Supremo abre la puerta a la posibilidad de compensación, aunque se ejercite la opción fuera de plazo.

B. Plan de opciones sobre participaciones: IRPF de los empleados



El artículo 17.1 LIRPF²⁹ dispone que:

“Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas.”

²⁷ TEAC, Resolución 6054/2017 de 14 de Mayo de 2019 ; DGT, CV 2496/2018 de 17 de Septiembre de 2018.

²⁸ STS 973/2020, de 18 de Mayo de 2020.

²⁹ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en su sentencia del 6 de octubre de 2011 reconoce la concesión de opciones sobre participaciones, como rendimientos del trabajo.³⁰

Concretamente, se trata de rendimientos del trabajo en especie, en los términos del artículo 42.1 LIRPF.

En el momento de la concesión no se produce ningún devengo, puesto que la retribución en especie aún no se ha generado, de modo que será únicamente el momento en el cual los empleados ejerciten sus opciones sobre las participaciones, cuando se producirá el devengo de la retribución en especie por la diferencia entre el valor de mercado de la acción adquirida el día del ejercicio y el coste desembolsado efectivamente por los trabajadores.

A modo de ejemplo de cuantificación, si el precio de mercado en 2023 fuera 100 €, los empleados pagarían el 90%, es decir 90 €, y la diferencia generada de 10 € es la que ocasionaría el hecho imponible sujeto al IRPF, es decir la obtención de una renta. que constituiría un rendimiento del trabajo en especie para los empleados.

Sin embargo, ello no implica forzosamente una tributación, ya que los artículos 42.3.f LIRPF y 43 RIRPF³¹ establecen una exención aplicable a los rendimientos del trabajo en especie derivados de la entrega, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otra del mismo grupo.

La exención, para el conjunto de las entregas a cada trabajador, tiene por límite 12.000 € anuales, y sólo deben tenerse en cuenta las entregas de acciones efectuadas en el mismo periodo impositivo. En el caso de que se produzcan varias entregas dentro de un periodo impositivo, el límite se aplica a las primeras entregas efectuadas hasta agotarlo.

Además, los beneficiarios de la entrega de acciones o participaciones deben ser los trabajadores en activo de la sociedad. Si se ejercitan las opciones sin tener la condición de trabajador activo, aunque se hubiera tenido en el momento de la concesión de las opciones, no se aplica la exención³².

³⁰ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, Rec 2249/2008, de 06 de Octubre de 2011.

³¹ Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

³² DGT, Consulta Vinculante 2297/2005 de 14 de Noviembre de 2005.

La oferta se debe realizar en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa y contribuya a la participación de estos en la empresa.

También será necesario que se mantengan los títulos durante al menos 3 años desde el ejercicio de la opción, y que cada uno de los trabajadores, conjuntamente con sus cónyuges o familiares hasta el segundo grado, no tenga una participación superior al 5% en la sociedad u otra del grupo.

En el presente caso, el plan de Ñ5, con los datos disponibles, parece cumplir todos los requisitos para que los empleados tengan derecho, al ejercitar las opciones, a la mencionada exención, sin perjuicio de que, en caso de incumplir el plazo de 3 años, deban presentar una autoliquidación complementaria del IRPF, con los correspondientes intereses de demora.

Junto con la exención, y para los rendimientos que excedan el límite de 12.000 € anterior, cabe la posibilidad de aplicar la reducción sobre rentas irregulares que establece el artículo 18.2 LIRPF en estos términos:

“El 30 por ciento de reducción, en el caso de rendimientos íntegros distintos de los previstos en el artículo 17.2. a) de esta Ley que tengan un período de generación superior a dos años, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, cuando, en ambos casos, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, se imputen en un único período impositivo. (...)”

No obstante, esta reducción no resultará de aplicación a los rendimientos que tengan un período de generación superior a dos años cuando, en el plazo de los cinco períodos impositivos anteriores a aquél en el que resulten exigibles, el contribuyente hubiera obtenido otros rendimientos con período de generación superior a dos años, a los que hubiera aplicado la reducción prevista en este apartado.”

De tal manera, a efectos de aplicar esta reducción, los rendimientos se deben haber generado en un período superior a dos años, lo que sucede aquí, puesto que el plazo entre la concesión del derecho de opción (2020) y el ejercicio del mismo (2023 y 2024) supera los dos años.

Respecto al segundo requisito, en los rendimientos del trabajo con período de generación superior a dos años, a los que se haya aplicado la reducción, se incluyen en su caso los derivados del ejercicio de opciones de compra en años anteriores.³³

³³ DGT, Consulta Vinculante 1305/17 de 29 de Mayo de 2017.

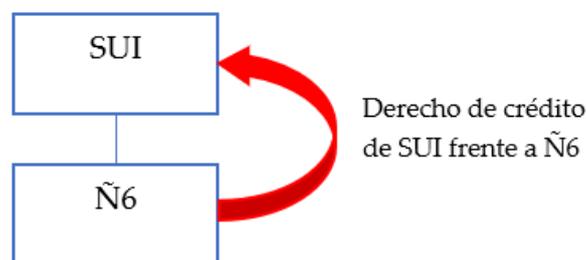
De nuevo, de la información recibida, a efectos del IRPF, se deduce el cumplimiento de ambos requisitos de cara a la futura aplicación de la reducción por parte de los empleados.

Como límite, la cuantía del rendimiento íntegro sobre la que se puede aplicar el 30% de reducción no podrá superar los 300.000 € anuales.

Por último, el artículo 43.2 señala que al valor de los rendimientos en especie se deberán sumar los ingresos a cuenta correspondientes, calculados mediante lo dispuesto en el artículo 80 RIRPF, salvo que su importe fuera directamente repercutido a los empleados.

V. SUI y Ñ6

SUI es la filial suiza del grupo. En 2014 adquirió la totalidad de las participaciones de la sociedad española Ñ6, y a su vez adquirió por importe de 1 euro, un derecho de crédito frente a esta última, cuyo valor nominal es de 30 millones de euros.



La sociedad Ñ6, por falta de liquidez, no puede atender el pago de esta deuda, cuyo importe es de 30 millones de euros, de modo que SUI desea eliminar de su activo el derecho de crédito correspondiente frente a su filial española.

Dicha eliminación del derecho de crédito se puede realizar principalmente mediante las operaciones siguientes:

A. Condonación del derecho de crédito

En relación con la condonación de créditos, la LIS no recoge una regulación específica, como si lo hace con la capitalización de créditos, sin embargo, el artículo 10.3 de la LIS establece que:

“En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.”

De tal manera, a falta de regulación fiscal, serán de aplicación los preceptos contables.

El Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, establece en su segunda parte, en la norma de registro y valoración 18^a, lo siguiente:

“Las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios, no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de subvención, donación o legado de que se trate. La valoración de estas subvenciones, donaciones y legados es la establecida en el apartado 1.2 de esta norma.”

Por tanto, la condonación del crédito se considerará una aportación de la matriz a los fondos propios de la filial, por el valor de mercado del crédito.

Atendiendo a la situación de vinculación entre SUI y Ñ6, y de las circunstancias del caso, la operación se refiere a un crédito cuyo valor coincide con su valor de mercado, pero es inferior al valor nominal.

En SUI, entidad donante, no se genera ningún ingreso ni gasto, al coincidir el valor del crédito con su valor de mercado. A efectos fiscales, el importe del valor del crédito se computa como mayor valor de las participaciones.

En Ñ6, entidad donataria, se genera un ingreso a efectos contables y fiscales, ingreso a integrar en su base imponible, por la diferencia entre el valor razonable del derecho de crédito recibido y el valor del pasivo cancelado³⁴.

³⁴ DGT, Consulta Vinculante 5469/2016 de 28 de Diciembre de 2016.

Si el crédito no hubiera sido adquirido a un tercero, o se hubiera adquirido por un valor igual a su valor nominal, constando así en ambas entidades el mismo valor fiscal del derecho crédito y de la deuda, entonces la condonación tampoco generaría ingreso fiscal en la filial³⁵.

No obstante, al no ser el caso, en Ñ6 la condonación provocaría un ingreso fiscal por un importe de 29.999.999 €, debido a la diferencia entre el valor del crédito de 1 € y el valor nominal de 30 millones de euros.

B. Capitalización del derecho de crédito

La capitalización del derecho de crédito supone la compensación del crédito de SUI a cambio de participaciones de Ñ6, mediante un aumento de capital en esta última entidad.

El régimen fiscal de esta operación viene recogido en el artículo 17 de la LIS, concretamente en los apartados 2 y 5 del mismo, y señala que las operaciones de capitalización se valorarán fiscalmente por el importe del aumento de capital, desde el punto de vista mercantil.

De nuevo, atendiendo a las circunstancias del caso, se trata de un crédito derivativo adquirido por un importe inferior a su valor nominal, y en las entidades la valoración se verá afectada por ello.

En efecto, la entidad no vinculada que vendió en primer lugar tenía un crédito de 30 millones de euros frente a Ñ6, que se transmitió a SUI por 1 €. En caso de capitalización del crédito, Ñ6 aumenta capital por 30 millones, el cual es suscrito por SUI mediante la compensación de su crédito y, además, se reconoce una prima de emisión negativa de 29.999.999 €, así como un ingreso de 29.999.999 € por la diferencia entre el valor nominal del pasivo y el aumento de los fondos propios.

En SUI, entidad prestamista, se genera un ingreso fiscal de 29.999.999 €, dado que la participación recibida se valora por el importe del aumento del capital, es decir, por 30 millones, superior al valor fiscal de 1 € del crédito. Además, al valorarse la participación recibida por 30 millones, importe superior a su valor de mercado, se generará una renta negativa de 29.999.999 € en el momento de su transmisión posterior.

³⁵ DGT, Consulta Vinculante 118/2017 de 23 de Enero de 2017.

En Ñ6, el ingreso reconocido no se integraría en su base imponible dado que el crédito se valora por el nominal del aumento de capital.

De tal manera, en este supuesto, sería la sociedad SUI la que tendría un ingreso fiscal por importe muy elevado.

C. Recomendación

Al acarrear ambas operaciones un ingreso fiscal de 29.999.999 €, que en la condonación recaer en Ñ6 y en la capitalización recaer en SUI, la opción más recomendable sería eliminar el crédito mediante condonación, puesto que:

- SUI ya ostenta el 100% de Ñ6, por lo que más participaciones no aportarían beneficio.
- Por el estado económico de Ñ6, se puede suponer que tiene gastos con los que podría disminuir su base imponible, haciendo más ventajoso dejar que el ingreso fiscal de elevado importe recaiga en esta sociedad.

Por último, cabe resaltar que ambas operaciones se encuentran sujetas al ITPAJD en la modalidad de operaciones societarias, pero están exentas en virtud del artículo 45.I.B).11 de la LITPAJD.

VI. Don A y sus hijos B y C

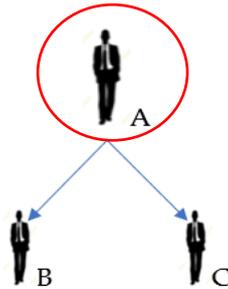
Don A y sus dos hijos B y C, todos ellos todos ellos residentes en la Comunidad Autónoma de Madrid, ostentan el 100% de las participaciones en Ñ1 (50% Don A y 25% cada uno de sus hijos) y todos ellos son administradores de la sociedad.

Don A y C se dedican en exclusividad al negocio familiar, del que perciben rendimientos, mientras que B desarrolla su actividad profesional fuera del grupo familiar.

En la actualidad Don A tiene 67 años y se plantea donar la nuda propiedad de sus participaciones, por partes iguales, a cada uno de sus hijos, continuando no obstante en el ejercicio de las funciones de dirección que ha desarrollado durante más de 30 años.

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, por lo que ante esta cuestión cabe incidir en la tributación que ocasionaría dicha donación.

A. Tributación del donante



En virtud de lo dispuesto el artículo 33.1 LIRPF, las donaciones ponen de manifiesto una ganancia o pérdida patrimonial en sede del donante, al ocasionar una alteración en la composición de su patrimonio.

En general, en caso de ser una ganancia, debe tenerse en cuenta en la base imponible del IRPF, y se devengará la correspondiente tributación. No es así al producirse una pérdida, ya que el artículo 33.5.c) LIRPF, establece que no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por actos ínter vivos o a liberalidades, aunque a efectos del presente caso no es relevante, ya que la donación de Don A pone de manifiesto una ganancia por la diferencia entre el valor de adquisición en 1987 y el valor actual.

Respecto a la cuantificación de la ganancia, atenderá a lo establecido en los artículos 34 y 36 LIRPF, y corresponderá a la diferencia de valor mencionada previamente, tomando por importe real de los valores respectivos aquéllos que resulten de la aplicación de las normas del ISD, sin que puedan exceder del valor de mercado.

A pesar de lo anterior, el artículo 33.3.c) LIRPF señala que:

“Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...)”

c) 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. (...)”

El artículo 20.6 LISD³⁶, hace referencia a las conocidas “empresas familiares”, e indica que en caso de transmisión de participaciones sobre estas empresas “ínter vivos”, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95% del valor de adquisición, con los siguientes requisitos:

- “a) Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.*
- b) Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión. A estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad.*
- c) En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo. Asimismo, el donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición.”*

Sobre la consideración de una empresa como “empresa familiar”, el artículo 20.6 LISD reenvía al artículo 4 LIP³⁷, que recoge las exenciones en el Impuesto sobre el Patrimonio, y en particular al punto Ocho.Dos, apartados a), b) y c) LIP, cuyos requisitos consisten en:

- Que la entidad participada no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, realice una actividad empresarial.
 - o Se considera que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario cuando, durante más de 90 días del ejercicio social más de la mitad de su activo esté constituido por valores o más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.
- Que el sujeto pasivo que ostenta la participación participe en el capital de la entidad al menos en un 5% si es de forma individual, o en un 20% si es conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de 2º grado.
- Que el sujeto pasivo que ostenta la participación ejerza funciones de dirección en la entidad, y perciba por ello una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

³⁶ Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

³⁷ Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

Es suficiente con que este requisito se cumpla en una de las personas del grupo de parentesco relacionado con la participación conjunta (en este caso Don A y C lo cumplen, de modo que no importa que no sea el caso de B).

En aplicación de los preceptos expuestos, la sociedad Ñ1 cumple con los requisitos para ser considerada “empresa familiar” y tiene por tanto derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.

No obstante, como Don A quiere seguir ejerciendo funciones de dirección en la sociedad Ñ1, incumple el requisito de la letra b) del artículo 20.6 LISD, provocando la imposibilidad de aplicar la reducción del 95% a efectos del ISD, y a su vez tendría que computar la ganancia por la donación a efectos del IRPF, al no cumplir con lo dispuesto en el artículo 33.3.c) LIRPF.

Por tanto, con objeto de asesorar de la mejor forma posible sobre esta operación, se recomienda, que, a pesar de no ser su deseo, Don A cese en el ejercicio de las funciones de dirección en la empresa, puesto que todos los demás requisitos indicados en los preceptos anteriores se cumplen, lo que permitiría la obtención de beneficios fiscales muy relevantes, teniendo en cuenta las cuantías de las que se trata.

Además, la transmisión de la nuda propiedad de participaciones que disfrutaban de la reducción en la base imponible del ISD, aplica el mismo tratamiento fiscal que la transmisión de la plena propiedad, por lo que este aspecto no tendría ninguna incidencia sobre las ventajas obtenidas.³⁸

Cabe resaltar que la exclusión de la ganancia a efectos del IRPF es solo un diferimiento ya que los donatarios conservan los valores y fechas de adquisición que los elementos patrimoniales tenían en el donante, por lo que, si se transmiten en un futuro, los donatarios pagarán por las ganancias³⁹ que no tributaron en dicha donación³⁹.

Por otra parte, en la medida en que se cumplan los requisitos para aplicar la reducción del artículo 20.6 LISD, se estimará la inexistencia de ganancia patrimonial para Don A con independencia de que sus hijos apliquen, o no, la mencionada reducción.⁴⁰

En el caso de que no se acepte la recomendación y Don A siguiera ejerciendo funciones de dirección en la sociedad Ñ1, en el momento de la donación se produciría una ganancia

³⁸ DGT, Consulta Vinculante 2026/2013 de 17 de Junio de 2013.

³⁹ DGT, Consulta Vinculante 1165/2014 de 28 de Abril de 2014.

⁴⁰ DGT, Consulta Vinculante 1913/2019 de 22 de Julio de 2019.

patrimonial sujeta y no exenta del IRPF, cuya cuantía correspondería a la diferencia entre el valor de la nuda propiedad que se transmite y el valor de adquisición de las participaciones.

El valor de la nuda propiedad se determina por la diferencia entre el valor total de las participaciones y el valor del usufructo vitalicio, en virtud del artículo 26.a) LISD.

Igualmente, el valor del usufructo vitalicio se calcula conforme a las reglas del artículo 26.a), teniendo en cuenta que Don A tiene 67 años.

Es decir que el 70% se reduce en un 1% por cada año de edad, desde los 20 años incluidos hasta los 67 años, por tanto $70\% - 48\% = 22\%$ del valor total de las participaciones.

Cálculo:

$$150.000.000 * 0,22 = 33.000.000$$

El valor del usufructo vitalicio es de 33.000.000 €.

El valor de la nuda propiedad es, en consecuencia:

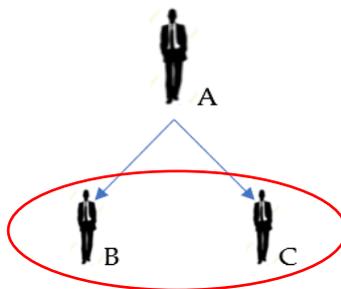
$$150.000.000 - 33.000.000 = 117.000.000 \text{ €}.$$

En definitiva, el valor de la ganancia patrimonial sería:

$$117.000.000 - 100.000 = \mathbf{116.900.000 \text{ €}}.$$

Este importe se integraría en la base imponible de ahorro, según lo dispuesto en el artículo 46 LIRPF.

B. Tributación de los donatarios



Tal y como ha sido comentado en el apartado sobre la tributación del donante, si Don A cesa en el ejercicio de las funciones directivas, los donatarios podrán aplicar la reducción estatal sobre la base imponible del 95% del valor de adquisición, recogida en el artículo 20.6 LISD.

En relación con la aplicación de esta reducción, los donatarios deberán cumplir el requisito de mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los 10 años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que fallecieran dentro de este plazo.

Además, a nivel autonómico, por estar en Madrid, se aplicará una bonificación en la cuota del ISD, según reza el artículo 3.Cinco.2 de la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid⁴¹, en los siguientes términos:

“2. Bonificación en adquisiciones "inter vivos".

En las adquisiciones "inter vivos", los sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II de parentesco de los previstos en el artículo 20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aplicarán una bonificación del 99 por 100 en la cuota tributaria derivada de las mismas. Será requisito necesario para la aplicación de esta bonificación que la donación se formalice en documento público.”

Por tanto, en este caso se aplicarían tanto la reducción sobre la base imponible del 95%, como la bonificación del 99% sobre la cuota que resulte.

No obstante, si Don A no cesa en el ejercicio de las funciones directivas de la empresa, como se indicó anteriormente, no se cumpliría el requisito de la letra b) del artículo 20.6 LISD, y de tal manera el único beneficio fiscal aplicable a los donatarios sería la bonificación de Madrid sobre la cuota del impuesto.

De tal manera, respecto a la tributación en el ISD, cabe calcularla en función de si se puede aplicar, o no, la reducción del artículo 20.6 LISD, y diferenciar el momento de la donación de la nuda propiedad del momento de extinción del usufructo, cuando se consolide el dominio, según señala el artículo 26.c) LISD).

Atendiendo al apartado de la tributación del donante, y en virtud del artículo 26.a) LISD, ha quedado expuesto que el valor del usufructo vitalicio es de 33.000.000 €, y, consecuentemente, el valor de la nuda propiedad es de 117.000.000 €.

⁴¹ Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

Cálculos:

A efectos de los siguientes cálculos se tendrán en cuenta las tablas del artículo 3.Tres y 3.Cuatro de la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid:

- Tarifas aplicables a la base liquidable

<i>Base liquidable</i> <i>Hasta euros</i>	<i>Cuota íntegra</i> <i>Euros</i>	<i>Resto base liquidable</i> <i>Hasta euros</i>	<i>Tipo aplicable</i> <i>Porcentaje</i>
0,00	0,00	8.313,20	7,65
8.313,20	635,96	7.688,15	8,50
16.001,35	1.289,45	8.000,66	9,35
24.002,01	2.037,51	8.000,69	10,20
32.002,70	2.853,58	8.000,66	11,05
40.003,36	3.737,66	8.000,68	11,90
48.004,04	4.689,74	8.000,67	12,75
56.004,71	5.709,82	8.000,68	13,60
64.005,39	6.797,92	8.000,66	14,45
72.006,05	7.954,01	8.000,68	15,30
80.006,73	9.178,12	39.940,85	16,15
119.947,58	15.628,56	39.940,87	18,70
159.888,45	23.097,51	79.881,71	21,25
239.770,16	40.072,37	159.638,43	25,50
399.408,59	80.780,17	399.408,61	29,75
798.817,20	199.604,23	En adelante	34,00

- Coeficientes multiplicadores sobre la cuota íntegra

<i>Patrimonio</i> <i>Preexistente en euros</i>	<i>Grupos de artículo 20</i>		
	<i>I y II</i>	<i>III</i>	<i>IV</i>
<i>De 0 a 403.000</i>	1,0000	1,5882	2,0000
<i>De más de 403.000 a 2.008.000</i>	1,0500	1,6676	2,1000
<i>De más de 2.008.000 a 4.021.000</i>	1,1000	1,7471	2,2000
<i>De más de 4.021.000</i>	1,2000	1,9059	2,4000

En el momento de la donación:

Sobre la base de lo establecido en el artículo 9.b) LISD, la base imponible por la adquisición de la nuda propiedad será de 117.000.000 €, es decir 58.500.000 por cada hijo.

- Con reducción del 95% sobre la base imponible:

Base liquidable:

$$58.500.000 - (58.500.000 * 0,95) = 2.925.000$$

La base liquidable sería 2.925.000 €.

Cuota íntegra:

Hasta 798.817,20 € la cuota es 199.604,23 €.

Al resto, 2.126.182,80 € se aplica el tipo del 34% = 722.902,15 €

Total de cuota íntegra = 922.506,38 €

Cuota líquida:

Al ignorarse el patrimonio preexistente exacto de los donatarios, se considerará que se aplica el coeficiente máximo del 1,2 (al ser descendientes están en el grupo I).

$$922.506,38 * 1,2 = 1.107.007,65 \text{ €}$$

A la cuota líquida se aplicará la bonificación del 99%.

Total a ingresar por cada hijo: **11.070,08 €**

- Sin reducción del 95% sobre la base imponible:

Base liquidable:

La base liquidable sería 58.500.000 €.

Cuota íntegra:

Hasta 798.817,20 € la cuota es 199.604,23 €.

Al resto, 57.701.182,80 € se aplica el tipo del 34% = 19.618.402,15 €

Total de cuota íntegra = 19.818.006,38 €

Cuota líquida:

Se considerará que se aplica el coeficiente máximo del 1,2.

$$19.818.006,38 * 1,2 = 23.781.607,65 \text{ €}$$

A la cuota líquida se aplicará la bonificación del 99%.

Total a ingresar por cada hijo: **237.816,08 €**

En el momento de la consolidación del dominio:

Al consolidarse el dominio, se deberá tributar por el mismo concepto que en la constitución, es decir por donaciones, tomando en cuenta el valor que no se liquidó en el momento de adquirirse la nuda propiedad, de acuerdo con la normativa existente en el momento de la desmembración del dominio en lo que respecta a la tarifa, reducciones y bonificaciones aplicables.⁴²

Así pues, los donatarios tributarán por el valor que el usufructo tenía en el momento de la donación de la nuda propiedad, no en el momento del fallecimiento futuro de Don A, y según dispone el artículo 9.b) LISD, la base imponible será de 33.000.000 €, es decir 16.500.000 € por cada hijo.

- Con reducción del 95% sobre la base imponible

Base liquidable:

$$16.500.000 - (16.500.000 * 0,95) = 825.000$$

La base liquidable sería 825.000 €.

Cuota íntegra:

Hasta 798.817,20 € la cuota es 199.604,23 €.

Al resto, 26.182,80 € se aplica el tipo del 34% = 8.902,15 €

Total de cuota íntegra = 208.506,38 €

Cuota líquida:

Se considerará que se aplica el coeficiente máximo del 1,2.

$$208.506,38 * 1,2 = 250.207,65 €$$

A la cuota líquida se aplicará la bonificación del 99%.

Total a ingresar por cada hijo: **2.502,08 €**

- Sin reducción del 95% sobre la base imponible

Base liquidable:

La base liquidable sería 16.500.000 €.

Cuota íntegra:

⁴² DGT, Consulta Vinculante 1756/2018 de 18 de Junio de 2018.

Hasta 798.817,20 € la cuota es 199.604,23 €.

Al resto, 15.701.182,80 € se aplica el tipo del 34% = 5.338.402,15 €

Total de cuota íntegra = 5.538.006,38 €

Cuota líquida:

Se considerará que se aplica el coeficiente máximo del 1,2.

$5.538.006,38 * 1,2 = 6.645.607,65$ €

A la cuota líquida se aplicará la bonificación del 99%.

Total a ingresar por cada hijo: **66.456,08 €**

Conclusión:

En definitiva, atendiendo a los cálculos anteriores, cabe reiterar la recomendación de que Don A cese en el ejercicio de las funciones de dirección en la empresa, puesto que permitiría reducir de forma considerable la carga impositiva en el ISD de sus hijos.

Bibliografía

Leyes, Reglamentos y Convenios

- Ley 27/2014 del 24 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades.
- Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
- Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
- Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
- Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.
- Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009).
- Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (...).
- Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

- Convenio entre el Reino de España y la República de Chile para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 7 de julio de 2003.
- Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su Protocolo, hechos en Londres el 14 de marzo de 2013.

Resoluciones y Consultas Vinculantes

- TEAC, Resolución 9438/2015 de 28 de Marzo de 2019.
- DGT, Consulta Vinculante 695/2020 de 3 de Abril de 2020.
- DGT, Consulta Vinculante 1570/2011 de 16 de Junio de 2011.
- DGT, Consulta Vinculante 2488/2017 de 4 de Octubre de 2017.
- DGT, Consulta Vinculante 116/20 de 21 de Enero de 2020.
- TEAC, Resolución 2330/2013 de 20 de Octubre de 2016.
- Resolución de 4 de enero de 2021, de la Dirección General de Tributos, sobre la devolución del Impuesto sobre el Valor Añadido a los empresarios o profesionales establecidos en los territorios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
- DGT, Consulta Vinculante 2332/2011 de 3 de Octubre de 2011.
- DGT, Consulta Vinculante 1054/2013 de 2 de Abril de 2013.
- DGT, Consulta Vinculante 1057/2016 de 16 de Marzo de 2016.
- TEAC, Resolución 6054/2017 de 14 de Mayo de 2019.
- DGT, Consulta Vinculante 2496/2018 de 17 de Septiembre de 2018.
- DGT, Consulta Vinculante 2297/2005 de 14 de Noviembre de 2005.
- DGT, Consulta Vinculante 1305/17 de 29 de Mayo de 2017.
- DGT, Consulta Vinculante 5469/2016 de 28 de Diciembre de 2016.
- DGT, Consulta Vinculante 118/2017 de 23 de Enero de 2017.
- DGT, Consulta Vinculante 2026/2013 de 17 de Junio de 2013.
- DGT, Consulta Vinculante 1165/2014 de 28 de Abril de 2014.
- DGT, Consulta Vinculante 1913/2019 de 22 de Julio de 2019.
- DGT, Consulta Vinculante 1756/2018 de 18 de Junio de 2018.

Sentencias

- TSJ Galicia, sec. 4ª, S 14-05-2019, nº 260/2019, rec. 15288/2018.
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, Rec. 6381/2008, de 23 de Enero de 2012.
- TSJ Cantabria, sec. 1ª, S 11-05-2020, nº 137/2020, rec. 267/2019.
- STS 973/2020, de 18 de Mayo de 2020.
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, Rec 2249/2008, de 06 de Octubre de 2011.