

**TRABAJO FIN DE MÁSTER.
CASO PRÁCTICO ESPECIALIDAD TRIBUTARIO/FISCAL.**

**MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA Y ASESORÍA FISCAL.
CURSO ACADÉMICO 2020-2021.**

ALUMNA: BEATRIZ MARTÍNEZ DE BEDOYA JÁUDENES.
TUTORA: EVA GIL CRUZ.
FECHA: 11 DE ENERO 2021.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1) TRATAMIENTO FISCAL DE LAS RENTAS OBTENIDAS EN EL EXTRANJERO POR LA SUB-HOLDING ESPAÑOLA Ñ2	4
1.1 TRATAMIENTO DE LA VENTA DE PARTICIPACIONES EN LA SOCIEDAD GAB.	4
1.2 TRATAMIENTO DE LA DISTRIBUCIÓN DEL DIVIDENDO POR PARTE DE CHI.	8
1.3 LIQUIDACIÓN PAGO FRACCIONADO IS.	15
2) INDIRECTA: ADQUISICIÓN ACTIVOS UBICADOS EN ESPAÑA POR LA SOCIEDAD UK.....	16
2.1 TRIBUTACIÓN INDIRECTA EN ESPAÑA	16
2.2 ADQUISICIÓN DE LOS ACTIVOS CALIFICADOS COMO INMUEBLES	16
2.3 ADQUISICIÓN DE LOS ACTIVOS CALIFICADOS COMO BIENES MUEBLES	21
2.4 ESTRUCTURA RECOMENDABLE DE LA OPERACIÓN	24
3) REORGANIZACIÓN DE LOS ACTIVOS DE Ñ3 PARA LA ENTRADA DEL INVERSOR. .	33
3.1 FORMAS DE ESTRUCTURAR LA OPERACIÓN.....	33
3.2 APLICACIÓN DEL REGIMEN ESPECIAL (CAPÍTULO VII, TÍTULO VII LIS).....	34
3.3 APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL. CONSECUENCIAS PARA Ñ3 Y Ñ1 DE LA NO APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL.	41
3.4 TRIBUTACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE LA VENTA DEL 40% DE PARTICIPACIONES DE NEWCO POR PARTE DE Ñ3 A SOCIEDAD ESPAÑOLA PROPIEDAD DEL FONDO INTERNACIONAL.....	43
4) Ñ4 Y Ñ5.....	45
4.1 COMPENSACIÓN BASES IMPONIBLES.....	45
4.2 TRIBUTACIÓN EN IRPF PARA LOS EMPLEADOS DE Ñ5 DEL PLAN DE OPCIONES SOBRE LAS PARTICIPACIONES DE Ñ4.....	49
5) ELIMINACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO QUE SUI TIENE FRENTE A Ñ6.....	52
5.1 CONDONACIÓN DEL CRÉDITO	52
5.2 CAPITALIZACIÓN DEL CRÉDITO.....	54
5.3 APORTACIÓN DE SOCIOS – CUENTA 118 –.....	55
6) DONACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN DE “DON A”, A SUS HIJOS “B” Y “C”.....	59
7) CONCLUSIONES	65
8) BIBLIOGRAFÍA	66

AFISCAL, S.L.
Paseo de la Castellana 157
28046 Madrid

“LA FAMILIA”
Grupo Holding familiar Ñ1
Plaza del Marqués de Salamanca 32
28006 Madrid

24 de diciembre de 2020.

Estimados señores,

De acuerdo con los términos de referencia establecidos en nuestra carta de encargo de servicios profesionales de fecha 10 de septiembre de 2020 (la “**Carta de Encargo**”), nos complace adjuntarles nuestro informe de análisis fiscal de las operaciones propuestas por la entidad Holding familiar Ñ1.

El alcance de nuestro trabajo, tal y como se describe en nuestra propuesta de servicios profesionales, consiste en el análisis de la tributación de las distintas operaciones que se plantea llevar a cabo el grupo familiar, y el asesoramiento en la forma más recomendable de realizarlas desde un punto de vista fiscal, dentro de los límites de la economía de opción.

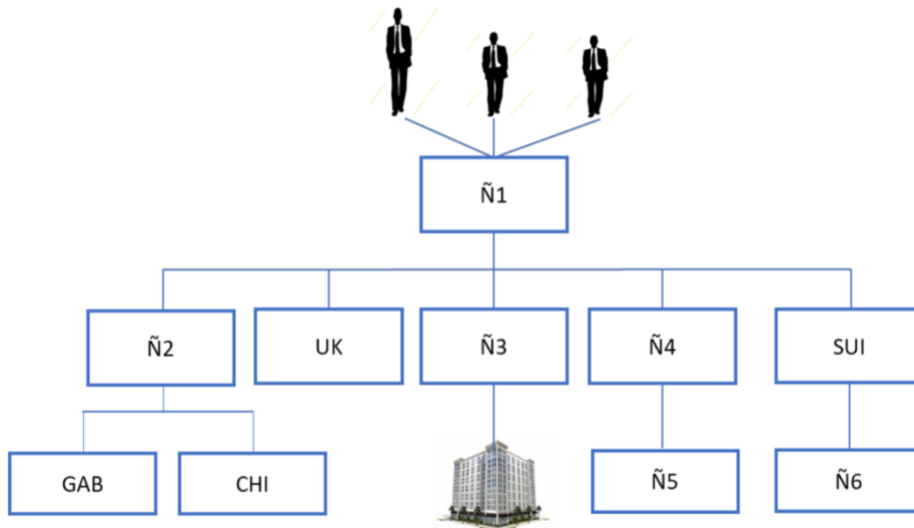
Este informe ha sido exclusivamente preparado para su uso por parte del grupo familiar Ñ1, y no debe ser utilizado para ninguna otra finalidad ni distribuido a terceras partes. Se declina expresamente cualquier responsabilidad ante terceras partes que no sean destinatarias de este informe, que pudieran tener acceso al mismo.

Atentamente,

Beatriz Martínez de Bedoya
Socia- M&A Tax
Telf.: +34681079935
E-mail: beatrizmbj@afiscal.es

Visión general y estructura del grupo

Estructura actual del grupo:



Visión general:

La entidad Ñ1 es una sociedad holding de un grupo familiar español, cuya titularidad última está repartida entre un padre (50%) y dos hijos (25% cada uno).

Al inicio del periodo impositivo actual, coincidente con el año natural, la estructura de la sociedad es la establecida en el organigrama anterior, siendo la participación de Ñ1 del 100% en todos los casos, tanto de forma directa (Ñ2, UK, Ñ3, Ñ4, SUI) como indirecta (GAB, CHI, Ñ5 y Ñ6).

Se plantean la posibilidad de llevar a cabo una serie de operaciones, tanto en el ámbito nacional como internacional, consistentes en la obtención de rentas en el extranjero, el reparto de dividendos, la entrada de inversores, adquisición de activos, operaciones de reestructuración o donaciones, entre otras.

Se entrará en mayor detalle de las posibles operaciones y su tributación en el informe que se adjunta a continuación.

1) TRATAMIENTO FISCAL DE LAS RENTAS OBTENIDAS EN EL EXTRANJERO POR LA SUB-HOLDING ESPAÑOLA Ñ2

1.1 TRATAMIENTO DE LA VENTA DE PARTICIPACIONES EN LA SOCIEDAD GAB.

Nos encontramos ante una renta que se obtiene por la venta de participaciones en la sociedad GAB. Esta venta va a generar una ganancia, que será la diferencia entre el valor de transmisión (95 millones) y el valor de adquisición (35 millones), siendo el total de la misma de 60 millones de euros; Sin embargo, debemos comprobar si a ésta le es de aplicación la exención que contempla el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades para aquellas rentas que proceden de la venta de participaciones.

Los tres requisitos que se recogen en el apartado primero de este artículo son:

- i) Que se tenga un porcentaje de participación (directa o indirecta) de al menos un 5% en el capital o en los fondos propios de la entidad participada, o que el valor de adquisición de la participación que se posea sea superior a 20 millones de euros.¹
- ii) Que dichas participaciones se posean de forma ininterrumpida durante un año, (pudiéndose cumplir este requisito con posterioridad en el caso de distribución de dividendos).
- iii) Que, en el caso de ser entidades no residentes, la entidad participada tribute por un impuesto de naturaleza análoga al Impuesto sobre Sociedades a un tipo nominal no inferior al 10%. A estos efectos se entiende cumplido el requisito cuando existe un convenio de doble imposición entre España y el país donde sea residente la entidad

¹ Es importante tener en cuenta que en el proyecto de los Presupuestos Generales del Estado de 2021 se prevé una reducción de la exención del 21 de la LIS a un 95%, de tal forma que se tributaría como mínimo un 5% por las rentas procedentes de ventas de participaciones o de dividendos. Además, el proyecto de los PGE pretende dejar la exención únicamente para los casos en que se tenga al menos un 5% de participación, eliminando la posibilidad de beneficiarse de la misma por valor de adquisición de las participaciones (hasta ahora si el valor era de más de 20 millones de euros, se podía aplicar la exención). Se prevé un régimen transitorio de 3 años en la percepción de dividendos matriz-filial para las empresas cuyo INCN sea inferior a 40 millones y reciban dividendos de filiales residentes o no residentes. Así pues, no tendrán que aplicar la reducción de la exención durante ese período transitorio. También se establece un régimen transitorio de 5 años para las empresas cuyo valor de adquisición de las participaciones sea superior a 20 millones.

participada, y en ningún caso se entiende cumplido cuando la entidad participada se encuentra situada en un paraíso fiscal, salvo excepciones.

Así pues, hemos de comprobar si se cumplen o no los requisitos exigidos por el 21.1 de la LIS para que la renta obtenida de la transmisión resulte exenta.

En este caso, los dos primeros requisitos se cumplen sin dar lugar a ninguna duda, puesto que la participación de Ñ2 en GAB es del 100%, y la posesión de la misma se mantiene durante diez años. El requisito que nos plantea dudas es el tercero, el referente a la tributación, por lo que vamos a dedicarle el siguiente análisis para poder concluir si se cumple o no, o si al menos se cumple parcialmente.

Hasta 2016 inclusive, parece que la sociedad GAB tributa como cualquier otra sociedad gabonesa, siendo, según el Instituto de Comercio Exterior, el tipo impositivo de Gabón en el IS de entre un 25 y un 35%, en función del tipo de empresa.

Sin embargo, al inicio del 2017, la sociedad llega a un acuerdo con el Estado gabonés por el cual va a ser beneficiaria de una exención fiscal muy amplia que incluye impuestos directos, indirectos y locales. En esta línea, la cuestión que nos planteamos es si nos encontramos, desde 2017, ante un país que pueda considerarse paraíso fiscal debido a las ventajas fiscales de las que goza la empresa Ñ2.

La definición de paraíso fiscal se recoge en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, concretamente en sus apartados 1 y 2, que establecen lo siguiente:

“1. Tienen la consideración de paraísos fiscales los países y territorios que se determinen reglamentariamente.

2. La relación de países y territorios que tienen la consideración de paraísos fiscales se podrá actualizar atendiendo a los siguientes criterios:

- a. La existencia con dicho país o territorio de un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio*

de información en materia tributaria o el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010, que resulte de aplicación.

- b. *Que no exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos por el apartado 4 de esta disposición adicional.*
- c. *Los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales."*

El apartado primero de esta disposición determina que los paraísos fiscales serán los enumerados en el listado reglamentario que se encuentra recogido en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, y el apartado dos establece que, si bien existe dicho listado, este puede ser actualizado conforme a una serie de criterios.

Gabón no se encuentra en el listado ofrecido por el artículo 1 del RD 1085/1991, de 5 de Julio, pero podría llegar a considerarse paraíso fiscal a partir de 2017 por los siguientes motivos:

1) Inexistencia de Convenio para evitar la doble imposición.

2) Ausencia de Acuerdo de intercambio efectivo de información:

La disposición adicional primera de la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, continúa en su apartado cuarto exponiendo cuando se podrá decretar que existe un efectivo intercambio de información en materia tributaria con un país, y esto será cuando haya:

a) un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, siempre que en dicho convenio no se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es insuficiente a los efectos de esta disposición;

b) un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria; o

c) el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010.

En este caso, a Gabón no le resulta de aplicación ninguno de los Convenios o acuerdos mencionados con anterioridad, por lo que puede considerarse que no es un país con el que España tenga intercambio de información efectiva en materia de tributación.

3) Nula o escasa tributación por acuerdos fiscales con el Estado:

El caso planteado expone la existencia de un acuerdo fiscal firmado con el Estado Gabonés que supuso la concesión en 2017 para la Sociedad GAB de una exención fiscal de gran amplitud que abarca impuestos directos, indirectos y locales. Esta exención, vigente a día de hoy, ha venido aplicándose desde el período impositivo de 2017, por lo que la tributación en dicho país ha sido desde entonces muy baja o inexistente.

Todo lo mencionado con anterioridad, nos podría llevar a concluir que existe la posibilidad de que la Agencia Tributaria considere a Gabón como paraíso fiscal si este tipo de acuerdos estado-empresa, que anulan prácticamente la tributación, se diesen de forma reiterada y no fuese el nuestro un caso puntual. Sin embargo, ciñéndonos a lo que el caso establece, no cabe determinar que Gabón sea un paraíso fiscal.

Habiendo descartado la condición de paraíso fiscal, que impediría la aplicación de la exención ya que *“en ningún caso se entenderá cumplido este requisito – de tributación– cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea (...)”*², podemos afirmar que también se cumple el tercer requisito establecido por el 21 LIS para poder aplicar la exención.

Esto es así porque, aunque el apartado b) del artículo 21.1LIS establezca que la entidad participada tiene que haber estado sujeta y no exenta a un impuesto de naturaleza análoga al IS de al menos un 10%, establece al final que esto será así *“con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos”*

El mecanismo de exención para evitar la doble imposición, exige una tributación nominal mínima del 10% cuando nos encontremos ante una sociedad no residente, es decir, que *“es necesario que exista una previa tributación en sede de la entidad participada que distribuye dividendo, construyéndose esa tributación previa sobre la tributación nominal y no efectiva de la entidad participada, por lo que basta con que esta esté sujeta a un tipo nominal de al menos el 10% para considerar cumplido este requisito aunque los beneficios obtenidos disfruten de*

² 21.1.b) Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

alguna exención, bonificación, reducción o deducción que deje reducida la tributación a un tipo efectivo inferior al 10%”³

Por consiguiente, y partiendo de la base de que en Gabón el tipo del IS oscila por lo general entre el 25% y 30%, podemos concluir que la ganancia de sesenta millones por la venta de la participación quedaría exenta en su totalidad, porque, aunque en 2017 se llega a un acuerdo con el estado gabonés para minorar la tributación, esto no da lugar al incumplimiento del requisito de tributación.

Para acabar, cabe destacar que sería importante tener en cuenta en qué momento inició su actividad la sociedad GAB, ya que en muchas ocasiones los países reconocen exenciones en el IS durante los primeros años de actividad para aquellas empresas de nueva creación. En el caso se nos dice que la participación en GAB se adquirió en enero de 2010, y si el momento de la adquisición coincidiese con sus primeros años de actividad, es probable que la sociedad se viese beneficiada de una exención en el impuesto sobre sociedades.

1.2 TRATAMIENTO DE LA DISTRIBUCIÓN DEL DIVIDENDO POR PARTE DE CHI.

Por otro lado, vamos a analizar a continuación cómo tributará la distribución del dividendo de 3 millones de euros por parte de la sociedad CHI a su socio único, la sociedad española Ñ2.

Concepto y análisis de la figura de beneficiario efectivo

Antes de proceder con nuestro análisis, hemos de hacer un breve apunte sobre un tema controvertido que guarda relación con la aplicación de los Convenios de Doble Imposición: el concepto de beneficiario efectivo. La clarificación de esta noción resulta trascendental en el análisis de la aplicación de Convenios de Doble Imposición en las sociedades holding.

Este concepto fue introducido en el Modelo de Convenio de la OCDE en los artículos referentes a los dividendos, cánones e intereses, y la finalidad que se buscó fue evitar las denominadas conductas de “*treaty shopping*” a través de las cuales los contribuyentes buscan reducir o evitar

³ LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A., *Memento práctico: Impuesto sobre sociedades*. Francis Lefevbre, 2019.

la tributación mediante el uso de un convenio que, sin esta búsqueda artificiosa, no sería de aplicación. Lo más frecuente en estas conductas es la interposición, entre los dos Estados cuyos convenios resultan de aplicación, de una persona jurídica o física en otro Estado cuyo convenio resulte más beneficioso y favorable.

No obstante, no existe una definición exacta de esta figura, puesto que el modelo de Convenio no nos la proporciona, y puesto que nos encontramos ante un concepto ambiguo. Sin embargo, para hallar una definición se puede acudir a la jurisprudencia tanto de ámbito nacional como internacional.

Si acudimos a la más reciente jurisprudencia del TJUE (26 de febrero del 2019)⁴, veremos que, en ella, el Tribunal se pronuncia sobre esta cuestión en los comúnmente llamados “casos daneses”. Ésta enuncia varios aspectos de gran importancia que nos resultan útiles a la hora de analizar quién se considera beneficiario efectivo a efectos de los CDI. En primer lugar, establece, en relación con los elementos constitutivos de abuso de Derecho y la prueba de su existencia, lo siguiente:

“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para probar la existencia de una práctica abusiva es necesario que concurren, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, pese a haberse respetado formalmente las condiciones establecidas en la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención (sentencias de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, apartados 52 y 53, y de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 58).

De este modo, el examen del conjunto de los hechos es lo que permitirá verificar si concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva, y especialmente si los operadores económicos han efectuado operaciones puramente formales o artificiales, carentes de toda justificación económica y comercial, con el objetivo esencial de obtener

⁴ STJUE 26 de febrero de 2019 (Gran Sala), en los asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16. Actuó como ponente el Sr. A. Rosas.

una ventaja indebida (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de junio de 2013, Newey, C-653/11, EU:C:2013:409, apartados 47 a 49; de 13 de marzo de 2014, SICES y otros, C-155/13, EU:C:2014:145, apartado 33, y de 14 de abril de 2016, Cervati y Malvi, C-131/14, EU:C:2016:255, apartado 47).

(...)

Puede considerarse que constituye un escenario artificial un grupo de sociedades que no ha sido creado por razones que obedezcan a la realidad económica y que, dotado de una estructura puramente formal, persigue, como principal objetivo o como uno de sus principales objetivos, la obtención de una ventaja fiscal que es contraria al objeto o a los fines del Derecho fiscal aplicable. Corresponde a tal definición el supuesto en que, utilizando una entidad instrumental intercalada en la estructura del grupo entre la sociedad que satisface los intereses y la entidad destinataria y beneficiaria efectiva de estos, se elude el pago del impuesto sobre los intereses”⁵

Por otro lado, esta misma sentencia nos da las primeras pinceladas sobre una definición concreta de lo que es el beneficiario efectivo, entendiendo por este “*la entidad que disfruta económicamente de los intereses percibidos y que dispone, por tanto, de la facultad de determinar libremente el destino de estos*”. En este mismo sentido, procedemos a analizar otra sentencia reciente, la Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2019⁶, que establece que un mero intermediario no puede ser considerado beneficiario efectivo:

“La condición de beneficiario efectivo se incorporó al apartado 2 del artículo 10 para explicar el significado de las palabras "pagados a un residente" tal y como se utilizan en el apartado 1 del artículo. El término establece que el Estado de la fuente no está obligado a renunciar a su derecho a percibir un impuesto sobre unos dividendos por el mero hecho de que dichos ingresos hayan pasado inmediatamente a manos de un residente de un país con el que el Estado de la fuente tiene suscrito un convenio. El concepto "beneficiario efectivo" no se utiliza en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones

⁵ STJUE 26 de febrero 2019, Ap. 124,125 y 127.

⁶ Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2019. Rec. nº 2188/2017.

del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales.

Si un elemento de renta es percibido por un residente de un Estado contratante que actúa en su calidad de agente o de mandatario, sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o una exención fiscal basándose exclusivamente en el estatus de residente de otro Estado contratante del receptor inmediato de la renta. En estas circunstancias el receptor inmediato de la renta merece la consideración de residente, sin que por ello se plantee ningún problema de doble imposición como resultado de su estatus puesto que a efectos fiscales en el Estado de residencia no se considera al receptor como el propietario de la renta. También sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o una exención de impuesto a un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de agente o de mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la renta implicada.”⁷

Centrándonos ya en nuestro caso concreto, hemos de recalcar, en relación con la posibilidad de encontrarnos ante una sociedad creada para llevar a cabo una práctica abusiva, que:

- Que la sociedad Ñ2 es residente fiscal en el mismo lugar donde lo es Ñ1 y donde lo son los socios últimos, don A y sus hijos, esto es, en España. Por ello, no cabe plantearse la constitución de la misma como una mera sociedad intermediaria a fin de poder aplicar un convenio más favorable. No nos encontramos aquí ante una práctica abusiva para poder aplicar otro Convenio, ya que, aunque el beneficiario efectivo no fuese Ñ2, los que podrían serlo residen también en España, por lo que siempre resultaría de aplicación el CDI firmado entre Chile y España.
- Que existe un motivo económico válido para la existencia de esta sub-holding consistente en la obtención de una mejor organización y de una diferenciación de las muy diversas actividades a las que se dedican el resto de filiales de Ñ1 (actividad de

⁷ Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2019. Rec. nº 2188/2017 (fundamento de Derecho Sexto)

telecomunicaciones de UK, formación universitaria y de postgrado de Ñ3, comercialización de productos inmobiliarios de SUI...)

Por otro lado, y en relación con la condición de Ñ2 como mera intermediaria, es necesario tener en consideración que:

- Aunque Ñ2 sea una sub-holding, el TJUE ha venido estableciendo la posibilidad de que se considere que un holding desarrolla una actividad empresarial de gestión a efectos de IVA cuando realice para sus filiales actividades sujetas a IVA como la prestación de servicios administrativos o contables ⁸. Esta misma línea ha seguido el TS que ha determinado que *“cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades participadas y dicha intervención implique la realización de operaciones sujetas al IVA, al margen de los derechos que ostente el titular de la participación por su condición de accionista o socio, en este contexto, las operaciones de adquisición y tenencia de participaciones son operaciones realizadas en el ámbito de una actividad económica”*⁹. A efectos del IS se sigue el criterio del IRPF para determinar la existencia o inexistencia de actividad empresarial, entendiéndose que existe cuando hay una *“ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.”*¹⁰. Así, en la medida en que Ñ2 preste algún servicio a sus filiales y cuente para ello con medios de producción o humanos, su actividad de gestión se considerará actividad empresarial, no pudiendo entonces alegarse que se está ante una mera intermediaria o *“un mero fiduciario que actúa en cuenta de terceros”*¹¹

Dicho todo lo anterior, entendemos que, aunque en un primer momento, Ñ2 podría no parecer la beneficiaria efectiva al ser un holding, si esta, aún estando al 100% participada por Ñ1, dispone de una razonable libertad sobre sus fondos y goza de una cierta autonomía, podría ser considerada la beneficiaria efectiva a efectos de un Convenio de Doble Imposición.

⁸ Sentencia del TJUE de 20 de junio de 1991, Polysar. Investments Netherlands, C-60/90, Rec. p. I-3111 (ap.14) Sentencia TJUE de 14 de noviembre de 2000, Floridienne et Berginvest, C-142/99, Rec.p. I- I-9567. (ap.18)

⁹ Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2016. (Nº de recurso 3810/2015). Actuó como ponente D. Juan Gonzalo Martínez Mico.

¹⁰ Artículo 27.1 Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2006. Rec. no 1110/2003. Actuó como ponente Doña María de la Esperanza Córdoba Castroverde.

Tributación del reparto del dividendo

En primer lugar, analizaremos la tributación de esta distribución de dividendo en Chile. Para ello, hemos de acudir al Convenio de Doble Imposición firmado entre España y Chile. Concretamente, el artículo 10 regula la tributación de los dividendos de la siguiente manera:

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

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

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

b) 10 por ciento del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

En este caso, como la participación es del 100% y el beneficiario efectivo (entendemos que en este caso es la Sociedad Ñ2) es residente del otro estado contratante (España), la tributación en Chile no podrá exceder del 5%.

Continuamos analizando, en segundo lugar, la tributación de estos dividendos en España, país en el que reside fiscalmente Ñ2, y lo primero que haremos es ver si cumple con los requisitos del artículo 21 LIS, para ver si estos dividendos pueden beneficiarse de la exención prevista en este artículo.

El primer requisito, contemplado en la letra a) del 21.1 LIS alude al porcentaje de participación. Este requisito se cumple sin lugar a dudas, puesto que Ñ2 ostenta el 100% de las participaciones de la sociedad CHI. El segundo requisito, también contenido en esta letra a), hace referencia al tiempo de tenencia de las participaciones, y condiciona la aplicación de la exención al mantenimiento de las participaciones durante un año de forma ininterrumpida antes de distribuir el dividendo.

La información aportada nos permite conocer que la posesión de las participaciones en la sociedad CHI comenzó en noviembre de 2019 (momento en que se constituyó CHI), sin embargo, no sabemos en qué momento se procedió a la distribución del dividendo. No obstante, aunque no hubiese transcurrido un año de tenencia en el momento en que CHI decidió distribuir dividendos, este requisito puede ser cumplido con posterioridad. Bastaría con que Ñ2 mantuviese la participación hasta que hubiese transcurrido el año completo para que se entendiese cumplido el requisito.

“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.”¹²

Por último, el tercer requisito, hace referencia a la tributación, y establece que, en cualquier caso, se entenderá cumplido este requisito cuando exista un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información entre España y el país donde sea residente la sociedad que distribuya el dividendo. En este caso, como ya hemos visto, España y Chile tienen suscrito este convenio que incluye en su artículo 25 la cláusula de intercambio de información.

Por todo lo mencionado con anterioridad, en España estos dividendos estarán exentos de tributación.

Además, en este caso concreto, por ser mayor el tipo impositivo chileno en el Impuesto sobre Sociedades, resulta indiferente el método que se aplique para corregir la doble imposición. Si se hubiese optado por el método de deducción en lugar de por el de exención, acudiríamos al artículo 31 LIS que establece que las rentas positivas obtenidas y gravadas en el extranjero que se integren en la base imponible del contribuyente, podrán deducir de la cuota íntegra la cuantía menor de i) lo que efectivamente hayan pagado en el extranjero (en este caso las rentas obtenidas por Chile habrían estado sujetas al tipo impositivo del 27%) y ii) lo que esas rentas habrían tributado en España (25%). Por lo que al final, en este caso, por medio de la exención las rentas dejan de tributar al 25% y por medio de la deducción, se minora de la cuota íntegra la cuantía que habrían pagado si se hubiesen obtenido en España (25%).

¹² Art. 21.1 a) 2 párrafo LIS.

1.3 LIQUIDACIÓN PAGO FRACCIONADO IS.

En caso de que Ñ2 liquidara el pago fraccionado del IS conforme a la modalidad base, recomendaría la distribución del dividendo en el mes de diciembre. Para ello, me baso en los siguientes motivos:

El pago fraccionado es un anticipo que realiza el contribuyente en favor de la AEAT a cuenta del impuesto, en este caso sobre Sociedades, definitivo. Sin embargo, el artículo 21 de la LIS establece una exención en el reparto de dividendos para aquellas sociedades que cumplan una serie de requisitos, como es la Sociedad Ñ2 en este caso (% participación, permanencia en el tiempo y existencia de tributación análoga o CDI). Por ello, el reparto de dividendos que realiza la filial de Ñ2, CHI, no debería incluirse en ese anticipo del IS, puesto que está exento del mismo.

No obstante, la disposición adicional decimocuarta de la LIS establece una matización para la modalidad base¹³ de los pagos fraccionados cuando la cifra de negocios en los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el período impositivo sea de al menos 10 millones de euros. Esta matización consiste en que, la cuantía a ingresar en concepto de pago fraccionado nunca podrá ser inferior al 23% del resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias de dicho ejercicio de los meses de marzo, septiembre y noviembre de cada año.

Es decir, aunque mediante la modalidad base el pago fraccionado se calcula teniendo en cuenta la base imponible, en la que no se incluyen los dividendos exentos, si cumple con el requisito de la cifra de negocios, obligatoriamente se habrá de ingresar como mínimo el 23% del resultado de pérdidas y ganancias, en donde sí quedan incluidos los dividendos.

Por ello, recomendaría diciembre como el momento idóneo para que la filial pagase el dividendo a Ñ2, por ser el único mes que no se tiene en cuenta a efectos de calcular el pago fraccionado, ya que este se calcula sobre el resultado acumulado de noviembre. Con esto se evitaría incluir en el pago fraccionado un importe que está exento, lo cual supondrá un menor coste financiero para la sociedad.

¹³ Artículo 40.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

2) INDIRECTA: ADQUISICIÓN ACTIVOS UBICADOS EN ESPAÑA POR LA SOCIEDAD UK.

2.1 TRIBUTACIÓN INDIRECTA EN ESPAÑA

A continuación, vamos a realizar un análisis de la tributación indirecta de la adquisición de bienes inmuebles/muebles por parte de la filial UK y las distintas formas de realizar dicha adquisición. Para ello, examinaremos cada una de las posibilidades y nos decantaremos por la opción que suponga una menor tributación.

Los impuestos que nos conciernen en este caso concreto son el IVA, el ITPAJD en sus modalidades de TPO Y AJD, y por ello procederemos a analizar su aplicabilidad en cada uno de los diferentes escenarios que nos plantea el caso.

2.2 ADQUISICIÓN DE LOS ACTIVOS CALIFICADOS COMO INMUEBLES

Para poder analizar las implicaciones en materia de tributación indirecta de la adquisición por parte de la sociedad inglesa de una serie de activos situados en territorio español que tengan la consideración de **bienes inmuebles**, debemos empezar por comprobar si se realiza o no el hecho imponible para que la operación esté sujeta a IVA o ITP-AJD.

Comenzaremos examinando si la operación se encuentra sujeta a IVA, y para ello acudiremos al artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante LIVA) que establece una serie de requisitos para que se aplique el IVA en una operación. Los requisitos establecidos son los siguientes:

- 1) La operación realizada debe ser una entrega de bienes o prestación de servicios
- 2) Debe ser realizada por un empresario o profesional
- 3) No puede ser una operación no sujeta al impuesto (art. 7 LIVA)
- 4) La operación se tiene que entender realizada en el territorio de aplicación del impuesto, siendo este la Península y las Islas Baleares.

En este caso, nos encontramos con una entrega de bienes- entrega de los bienes inmuebles con condición de edificación-, realizada por un empresario o profesional -la sociedad española-, y que en principio no tiene la consideración de operación no sujeta. La única duda que se nos plantea es si se trata de una operación realizada en el territorio de aplicación del IVA, al ser el comprador una sociedad inglesa.

A este respecto, el artículo 68 LIVA establece una serie de reglas para determinar el lugar de realización de las entregas de bienes, y en su apartado Dos, 3º) especifica que se entenderán realizados en territorio de aplicación de IVA aquellas entregas de bienes inmuebles que radiquen en dicho territorio. Como los bienes inmuebles se encuentran en territorio español (presumimos que no están en Canarias)¹⁴, la operación se entiende realizada en territorio de aplicación del impuesto.

Por todo lo anterior, y porque la operación la realiza un empresario profesional y no un particular, podríamos concluir que la operación, en principio, se encontraría sujeta a IVA. Decimos que en principio estará sujeta a IVA porque esto sería así en el caso de que se tratase de una primera entrega de un bien inmueble, sin embargo, como entendemos que la sociedad española no es una promotora inmobiliaria, hemos de presumir que estamos ante una segunda entrega.¹⁵

Así pues, hemos de acudir al artículo 20.1.22 LIVA que prevé una exención para la segunda o ulterior entrega de los bienes inmuebles, quedando la operación exenta de IVA, pero sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO). A esta exención se puede renunciar siempre que se cumplan una serie de requisitos establecidos en la ley y reglamento del IVA.

Esta renuncia viene recogida en el artículo 20.dos LIVA que establece que “*Las exenciones relativas a los números 20.º y 22.º del apartado anterior podrán ser objeto de renuncia por el*

¹⁴ En el caso de encontrarse en Canarias los bienes inmuebles, no nos encontraríamos en un territorio de aplicación del IVA, sino que nos encontraríamos a efectos de este impuesto ante un país tercero, tal y como se establece en el artículo 3 de la Ley del IVA. Por otro lado, cabe mencionar que en Canarias aplica un impuesto indirecto propio denominado Impuesto General Indirecto Canario (ICIG), que se encuentra totalmente armonizado con el IVA. Por último, recalcar que, aunque Canarias no forma parte del territorio IVA, sí forma parte de la Unión Aduanera.

¹⁵ Art 20. Uno. 22º LIVA “*los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada*”.

sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y se le atribuya el derecho a efectuar la deducción total o parcial del Impuesto soportado al realizar la adquisición o, cuando no cumpliéndose lo anterior, en función de su destino previsible, los bienes adquiridos vayan a ser utilizados, total o parcialmente, en la realización de operaciones, que originen el derecho a la deducción.”

Así pues, los requisitos que se exigen son:

- Que el adquirente sea un sujeto pasivo del impuesto
- Que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales
- Que tenga derecho a la deducción total o parcial del Impuesto soportado al realizar la adquisición, o cuando los bienes adquiridos vayan a ser utilizados, de forma total o parcial, en operaciones que generen derecho a deducir.

Es importante matizar que, hasta 31 de diciembre de 2014, para poder renunciar a la exención del IVA, era necesario que el adquirente tuviese derecho a la deducción total del IVA soportado, pero a partir del 1 de enero de 2015, se establece esta modificación por la cual no es necesario que el 100% del IVA soportado tenga derecho a deducción.

Así, con todo lo dicho anteriormente, habría que plantearse las siguientes hipótesis y su tributación indirecta:

- i) En el caso que nos plantean, sin tener más información, podemos afirmar que al no ser la filial UK sujeto pasivo del IVA y no tener derecho a la deducción de lo soportado por este concepto (ni total, ni parcial), no cabe la renuncia a la exención, por lo que tributaría por Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO).

En TPO, asumimos que el tipo es el 6%, ya que no conocemos en que Comunidad Autónoma se encuentra ubicado el inmueble, o si ésta ha aprobado un tipo concreto.¹⁶ Este tipo impositivo se aplicara sobre el valor real, esto es, el valor de mercado del inmueble tal y como establece el artículo 10.1 LITPAJD.

¹⁶ Artículo 11.1. a) del LITPAJD.

En cuanto a la tributación por Actos Jurídicos documentados, se tributará por la modalidad de actos notariales, pero únicamente por la cuota fija del AJD, siendo incompatible el TPO con la cuota gradual del impuesto. El tipo impositivo aplicable en este caso entendemos que será el general aplicable a las CCAA que no han aprobado tipo propio, ya que no conocemos la comunidad autónoma donde se ubica el inmueble. Este tipo será el 0,5% tal y como establece el artículo 31.2 LITPAJD en su párrafo segundo.

- ii) En el caso de que el vendedor fuese promotor inmobiliario y nos encontrásemos ante una primera entrega, la operación se encontraría sujeta a IVA. El tipo impositivo sería el general, el 21%, ya que entendemos que no nos encontramos en el caso del artículo 91.uno.1) 7º LIVA que regula el tipo reducido del 10% para los edificios aptos para vivienda.

En este caso, la sociedad inglesa tendría derecho a solicitar a la AEAT el IVA soportado mediante la presentación de un formulario por vía telemática en el portal electrónico de la Administración Tributaria de Reino Unido, que es el Estado miembro donde se encuentra establecido el solicitante.¹⁷

- iii) Por último, en el caso de que la filial de UK comprase los activos calificados como inmuebles para proceder a su arrendamiento, esta operación podría estar sujeta a IVA, ya que cabría la renuncia a la exención de IVA aún encontrándonos ante una segunda o ulterior entrega de un bien inmueble. En este sentido, es de gran importancia es la resolución la Resolución 00/07845/2015 del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) de 28 de marzo de 2019, que establece la posibilidad de renunciar a la exención en la adquisición de bienes inmuebles que vayan a ser destinados al arrendamiento -operación sujeta y no exenta- incluso en aquellos casos en los que la deducibilidad del IVA sea menor al 100%.

¹⁷ El 31 de enero de 2020 se produjo la salida efectiva de Reino Unido de la UE. Sin embargo, el Acuerdo de Retirada establece un período transitorio hasta el 31 de diciembre de este año (2020). Durante este, se seguirá aplicando la legislación comunitaria en Reino Unido, y a todos los efectos, excepto en lo referente a la participación en las instituciones de la UE y en las estructuras de gobernanza, la UE tratará como Estado Miembro a Reino Unido. Así pues, en el ámbito fiscal se seguirá aplicando lo que se aplica con el resto de EM hasta el 31 de diciembre de este año.

Así pues, se establece la posibilidad de renunciar al IVA, y por tanto deducir el IVA soportado, en la adquisición de bienes inmuebles cuyo destino previsible sea el arrendamiento sujeto y no exento.

Si esto fuese así, - entendemos que la filial de UK al realizar la actividad de arrendamiento, sería sujeto pasivo a efectos de IVA-, habría que recordar que el artículo 84. Uno.2º LIVA en su apartado e) establece que tendrá lugar la inversión del sujeto pasivo en *“las entregas exentas a que se refieren los apartados 20.º y 22.º del artículo 20. Uno en las que el sujeto pasivo hubiera renunciado a la exención.”*

Por último, hemos de analizar la posibilidad de que el conjunto de inmuebles constituya una unidad económica autónoma en sede del transmitente. En este sentido, el artículo 7.1 LIVA establece que estarán no sujetas a este impuesto las transmisiones de unidades económicas autónomas, y nos da una definición de lo que se entiende por ello: *“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...”*

Así pues, el elemento principal para que estemos ante una unidad económica independiente o autónoma es que el conjunto de elementos transmitidos sea capaz de desarrollar la actividad por sí mismo. Este concepto resulta indeterminado, pero podemos definirlo acudiendo al mismo artículo 7 donde se especifica lo que no es una unidad económica autónoma, esto es, la mera cesión de bienes. Y nos encontraremos ante una mera cesión de bienes cuando *“estos no se acompañen de una estructura organizativa de factores de producción materiales y/o humanos”* Es decir, si lo que se adquiere únicamente son los inmuebles, y no, por ejemplo, la maquinaria, los contratos de trabajadores etc., no nos encontraríamos ante una unidad autónoma susceptible de desarrollar la actividad económica. Por tanto, cabría afirmar que la transmisión de inmuebles aislados no se encuentra incluida en este apartado 1 del artículo 7 LIVA. Ésta es la línea que ha seguido en la mayoría de ocasiones Hacienda, y a modo referencial se citan las siguientes consultas que, aunque no se relacionan exactamente con el sector de las telecomunicaciones,

permiten observar con claridad la postura de la Dirección General de Tributos (DGT) en este sentido.

La CV1366-06, en que se transmiten una serie de bienes inmuebles (líneas férreas), concluyendo la DGT que la transmisión única de las mismas, sin personal de gestión y de mantenimiento, no supone una transmisión de negocio – de rama de actividad – y por tanto no es susceptible esta transmisión de constituir una unidad autónoma independiente. Igualmente, la CV2471-17 en la que la consultante pretende adquirir un complejo hotelero para su explotación, y entre los elementos que va a adquirir se incluyen el inmueble y todas las instalaciones, las licencias y demás inmovilizado, siendo el personal lo único que no se adquiere. La DGT entiende que *“la referida transmisión del inmueble (...) no constituye una unidad económica autónoma y tendrá la consideración de una mera cesión de bienes, sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, al no verse acompañada de la necesaria estructura organizativa de factores de producción”*

Por todo lo anterior, concluimos que la adquisición de un conjunto de activos calificados como bienes inmuebles por la filial UK, si no se adquieren con la maquinaria o personal pertinente para desarrollar la actividad, por si mismos no son susceptibles de constituir una unidad autónoma independiente¹⁸. Es decir, en la medida en que se adquieran únicamente los inmuebles, que es lo que entendemos, esta operación no quedaría amparada en la no sujeción al IVA del artículo 7.1.

2.3 ADQUISICIÓN DE LOS ACTIVOS CALIFICADOS COMO BIENES MUEBLES

En el caso de encontrarnos ante la adquisición de una serie de activos situados en territorio español que tengan la consideración de **bienes muebles**, podemos situarnos ante dos escenarios distintos.

¹⁸ Es importante matizar que ya no se viene exigiendo, como anteriormente se hacía, que la unidad económica exista en sede del transmitente. Basta con que se transmitan los elementos suficientes para permitir desarrollar la actividad económica en sede del adquirente. En este sentido: STS de 19 de junio de 2013, (nº de recurso 5/2010); STS de 28 de noviembre de 2013 (Nº de recurso 5623/2011).

El primero, que los bienes sean adquiridos por la filial de UK en España para permanecer en territorio de aplicación del IVA, en cuyo caso los bienes se encontrarían sujetos y no exentos y tributarían al tipo general del 21%, siempre y cuando la filial tuviese la condición de empresario o profesional. En caso de no ostentar esta condición, la operación quedaría sujeta a TPO.

El segundo escenario sería que los bienes fuesen adquiridos por la filial para ser utilizados en Reino Unido, con lo que nos encontraríamos ante una entrega intracomunitaria de bienes. Habríamos de acudir entonces al artículo 25 LIVA, que establece que estarán exentas las entregas de bienes del artículo 8 de esta Ley -entendemos que los activos muebles referidos se incluyen en el artículo 8. Uno LIVA-, cuando se cumplan una serie de requisitos. Estos son: que sean transportados al territorio de otro Estado Miembro, que el adquirente sea empresario o profesional, y que tenga número de identificación a efectos de IVA y este haya sido comunicado al vendedor.

Esto mismo establece el artículo 13.1 RD 1624/1992 de 29 de diciembre (Reglamento de IVA), modificado por el RD 3/2020 de 4 de febrero:

“Están exentas del Impuesto las entregas de bienes efectuadas por un empresario o profesional con destino a otro Estado miembro, cuando se cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 25 de la Ley del Impuesto.”

Uno de los elementos más importantes para que la entrega esté exenta, consiste en la prueba de que los bienes han sido efectivamente transportados desde España hasta el Estado Miembro receptor. El mismo artículo 13 del Reglamento del IVA establece cómo se ha de justificar la expedición o transporte de los mismos, pudiendo hacerse *“por cualquier medio de prueba admitido en derecho y, en particular, mediante los elementos de prueba establecidos en cada caso, por el artículo 45 bis del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011(...)”*

Este reglamento, que fue modificado por el reglamento de Ejecución (UE) 2018/1912 del Consejo, de 4 de diciembre de 2018, y cuyas modificaciones resultan de aplicación desde enero de este año (2020), establece qué elementos son necesarios para que se entienda probado el transporte.

Se entenderá probado el transporte cuando quien alegue haber transportado los elementos (vendedor, comprador o un tercero en nombre de alguno de ellos) esté en posesión, o bien de dos de los siguientes medios de prueba: carta o documento CMR firmados, conocimiento de embarque, factura de flete aéreo o factura del transportista de los bienes, o de uno de los elementos de prueba enumerados anteriormente y alguno de los siguientes: póliza de seguro del transporte o título bancario que pruebe el pago de la póliza, documentación pública que acredite la llegada de los bienes transportados al EM de destino (ej.: un documento notarial), o un recibo de un depositario en el EM de llegada que confirme el almacenamiento.

Dicho todo lo anterior, al tratarse de una entrega intracomunitaria exenta de IVA, el empresario español- sociedad española vendedora de los bienes muebles- emite su factura sin IVA. Sin embargo, no debemos olvidar las obligaciones de contenido de factura, ya que para que esté exenta la entrega se deberá hacer referencia “*a las disposiciones correspondientes de la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, o a los preceptos correspondientes de la Ley del Impuesto o indicación de que la operación está exenta.*”¹⁹

Por último, hemos de plantearnos la posibilidad de que esta adquisición de bienes muebles pueda o no constituir una unidad económica independiente. Esto dependerá del tipo de bienes muebles que se adquieran, puesto que dependiendo del tipo podrían ser susceptibles de constituirlos o no. Es decir, hay una serie de bienes muebles que, si se transmiten sin un inmueble, no constituirían una unidad económica independiente²⁰ ya que por su naturaleza precisan de un espacio físico para funcionar. Sin embargo, hay otro tipo de bienes que no lo precisan o pueden darse otras circunstancias en las que el adquirente ya dispone de un lugar físico y solo necesita adquirir el conjunto de bienes. En estos supuestos podría darse el caso de que un conjunto de bienes muebles constituya una unidad económica autónoma.

La CV 0203-15 nos permite ver la postura de la Hacienda en los casos en que se transmite un bien o un conjunto de bienes, sin la transmisión de un inmueble o lugar fijo. En esta consulta concreta nos encontramos ante la transmisión de un satélite junto con sus sistemas de vuelo,

¹⁹ Art.6. j) del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

²⁰ STJUE (Sala Segunda) de 10 de noviembre de 2011; Asunto C-444/10 Christel Schriever (Apartado 28). Actuó como ponente el Sr. U. Løhmus.

sus softwares y el personal especializado, pero sin la transmisión de un local. La DGT hace una recopilación de casos en los que entiende que no será necesario transmitir, junto con los bienes, un lugar para el desarrollo de la actividad:

- a) Cuando para el desarrollo de la actividad no se necesita de un espacio físico concreto.
- b) Cuando el adquirente ya dispone de un local o lugar donde llevar los activos adquiridos y continuar desarrollando la actividad.

Además, también matiza que, el hecho de arrendar con posterioridad al mismo transmitente de bienes un local o inmueble para el desarrollo de la actividad con dichos bienes transmitidos, no excluye la posibilidad de que el conjunto de los mismos (si se transmiten con el personal y con todo lo demás necesario para desarrollar la actividad) sea considerado una unidad económica independiente, como ocurre en los hechos descritos en la consulta.

Así pues, y a modo de resumen, habría que recalcar que, el hecho de si un conjunto de activos muebles es susceptible o no de constituir una unidad económica independiente, dependerá del tipo de bienes que sean y de si con ellos se transmiten los elementos necesarios para que puedan desarrollar la actividad económica. En el caso de constituir dicha unidad, no estarían sujetos a IVA, sino que tributarían por Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

2.4 ESTRUCTURA RECOMENDABLE DE LA OPERACIÓN

A continuación, vamos a examinar cuál es la estructura recomendable desde un punto de vista fiscal para la realización de la operación, y para ello, vamos a analizar por separado las dos opciones, esto es, que los activos sean calificados como bienes inmuebles o como bienes muebles.

Además, antes de decantarnos por alguna opción y emitir una recomendación, hemos de plantearnos como tributarían los flujos derivados de la inversión inicial - los intereses -, la obtención de beneficio en España y su distribución hasta llegar a Ñ1 y, como el caso nos plantea que se prevé desinvertir en dichos activos en un plazo que no supera los diez años, también la tributación de las plusvalías.

En el caso de que sean bienes inmuebles, podría realizarse la inversión de forma indirecta, es decir, constituyendo una sociedad española (la filial UK tendría el 100% de las participaciones) que sería la que adquiriría los inmuebles, o de forma directa, es decir, la filiar es la que realiza la adquisición sin ningún intermediario.

Hemos de hacer una pequeña observación y es que, en el caso de que fuesen bienes inmuebles, consideramos que nos encontraríamos ante un Establecimiento Permanente. Se entiende que una persona jurídica opera mediante un Establecimiento Permanente en otro país cuando tiene en el un lugar fijo de negocio donde desarrolla toda o parte de su actividad empresarial. Así, aunque en un momento inicial solo se adquiriesen los activos, entendemos que, a continuación, se contrataría personal para desarrollar la actividad de telecomunicaciones o la actividad que se pretenda desarrollar con los mismos, y se adquiriría la maquinaria o equipos de trabajo necesarios. Por ello, tanto en el caso de que el conjunto de inmuebles fuese susceptible de constituir una unidad económica independiente, como si no lo fuese y se adquiriera posteriormente la estructura organizativa para desarrollar la actividad, terminaríamos encontrándonos ante un EP.

Así pues, partiendo de esta hipótesis, vamos a analizar la tributación de los intereses:

- i. En el caso de constituir una sociedad española, y que ésta recibiese un crédito por parte de la filial de UK para la adquisición de los activos inmuebles, los intereses pagados por ella a UK serían deducibles en España en virtud de lo establecido en la Ley del Impuesto sobre sociedades.

Para la sociedad española, los intereses son un gasto financiero y, en virtud de lo establecido en el artículo 16 LIS, serán deducibles con el límite del 30% del beneficio operativo y en todo caso hasta un millón de euros. Es decir, como mínimo la sociedad española podría deducirse un millón de euros en concepto de gasto financiero.

Además, estos intereses no podrán ser gravados en España, ya que el artículo 11.1 del Convenio para evitar la Doble Imposición firmado entre España y Reino Unido establece que, “*los intereses procedentes de un Estado contratante cuyo beneficiario efectivo sea*

un residente del otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante". Por ser beneficiaria efectiva²¹ la filial de UK, solo podrán tributar en Reino Unido.

Por otra parte, al no conocer la legislación tributaria de UK no sabemos si esos intereses tributarán, o podrán beneficiarse de alguna exención parcial o total, sin embargo, sabemos que el tipo de gravamen en el "*Corporation Tax*", el Impuesto sobre Sociedades inglés, es del 17%²², que es bastante inferior al español.

- ii. En el caso de tenencia directa, es decir, de que la filial comprase directamente los activos inmuebles en España, no se generarían intereses, ya que la filial los adquiriría por si misma sin tener que conceder un crédito a ninguna sociedad. Ahora bien, en el caso de que una vez adquiridos dichos inmuebles, y una vez se haya empezado a desarrollar la actividad, existiendo ya por tanto un EP, este establecimiento necesitase financiación, y la obtuviese de su casa central (filial UK), habría que matizar la tributación de estos intereses.

Hemos de recordar que un EP no tiene personalidad jurídica propia, si no que tiene la personalidad jurídica de su casa central, y, por ende, es residente donde lo es su casa central. Así pues, al ser residente en Reino Unido, debemos acudir a la Ley del Impuesto sobre la renta de no residentes para ver el tratamiento de los intereses en España. En el artículo 18.1 a) de esta ley se establece que el pago de intereses de un EP a su casa central no será deducible para el EP.

A continuación, vamos a proceder a analizar la tributación de la obtención de rentas y la distribución de beneficios hasta Ñ1.

- i. En caso de constituir una sociedad en España, las rentas generadas tributarían como las obtenidas por cualquier otra sociedad, esto es, a través del impuesto sobre sociedades. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que, en el caso de que pudiese ser considerada una entidad de nueva creación (si por ejemplo desarrollase una actividad distinta a la

²¹ Ya se ha mencionado con anterioridad la problemática del concepto de beneficiario efectivo, y en este caso consideramos que la filial inglesa tiene una razonable libertad de decisión sobre sus fondos, aunque esté participada al 100% por Ñ1, y que es beneficiaria efectiva (no beneficiaria final) de estos intereses.

²² Este tipo se aplica a partir del 1 de abril de 2020, con anterioridad a esta fecha, el tipo impositivo era del 19%.

desarrollada por Ñ1), podría aprovechar varios beneficios fiscales destinados para este tipo de entidades, como por ejemplo la tributación al tipo del 15% durante los dos primeros años que obtenga rentas positivas (art. 29.1 LIS) o la inexistencia del límite del 70% para la compensación de BINs durante los 3 primeros períodos impositivos en que generase renta positiva (art.26.3 LIS).

Por otro lado, los dividendos distribuidos por esta sociedad a la filial UK tributarán según lo establecido en el artículo 10 del CDI, que establece en su apartado primero que *“Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado”*.

Es decir, por un lado, pueden someterse a imposición en UK, sin embargo, hemos de destacar que la mayor parte de los dividendos recibidos por empresas inglesas, tanto de origen nacional como extranjero, se encuentran exentos, por lo que lo más probable es que no tributasen en Reino Unido²³.

Por otro lado, el artículo 10 CDI continúa en su apartado 2 estableciendo que dichos dividendos también podrán gravarse en el país de residencia de la sociedad que los distribuye, en este caso España. Sin embargo, matiza que, cuando el beneficiario efectivo sea residente del otro estado contratante (venimos entendiendo que la filial de UK lo es), el importe del impuesto no puede exceder el 10% o el 15% del importe bruto de los dividendos según se encuadre en los puntos i) o ii) del 10.2.a) CDI. No obstante, pasamos por alto este importe porque el apartado b) de este mismo artículo (10.2. b) establece que estarán exentos en el estado de la sociedad que paga dividendos cuando el beneficiario efectivo residente en el otro estado contratado controle en al menos un 10% a la entidad pagadora. Como en este caso la filial de UK controla el 100% de la sociedad española, en España estos dividendos estarán exentos.

- ii. En caso de que la adquisición fuese de forma directa, acudiremos en primer lugar al CDI, que establece en el artículo 7.1 que los beneficios empresariales obtenidos por una empresa residente en un estado contratante (UK), solo pueden someterse a imposición en

²³ HM revenue & Customs: Distributions are charged to corporation tax only if they are not exempt. CTA09/Part 9A is designed to ensure that the great majority of dividends and other distributions will be exempt.

dicho estado, por lo que UK podrá grabar dichas rentas conforme a su legislación. Sin embargo, continúa diciendo, *“a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado”*. Por lo tanto, en España también pueden someterse a imposición, pero al no tener el EP personalidad jurídica y ser residente en UK (residencia de su casa central), acudiremos a la ley del Impuesto sobre no Residentes.

El artículo 16 establece que componen la renta imputable a un EP *“los rendimientos de las actividades o explotaciones económicas desarrolladas por dicho establecimiento permanente”*. La Base Imponible de los EP se determina de igual forma que la Base Imponible de cualquier sociedad española, esto es, conforme a lo establecido a la LIS, y se le aplica el mismo tipo de gravamen que el establecido en el IS (art 19.1 LIRNR).

Así pues, las rentas obtenidas por el EP son gravadas en España de igual forma en que se gravarían las obtenidas por una sociedad española, pero sin poder aplicar en su caso los beneficios de entidad de nueva creación (no estamos ante una entidad), que dependiendo de la actividad desarrollada sí podrían aplicarse en caso de tenencia indirecta.

Dicho lo anterior, existen una serie de salvedades en la LIRNR para las rentas obtenidas por EP, y una de estas, es la relativa a la transferencia de rentas. El artículo 19.2 que determina que cuando las rentas de un EP de una entidad no residente se transfieran al extranjero, se someterán a una tributación complementaria del 19%. Sin embargo, acto seguido se establecen en el apartado tercero dos excepciones, siendo las mismas las siguientes:

- a) Las rentas obtenidas en territorio español a través de EP, cuando la casa central de dicho EP sea residente en otro EM de la UE, siempre que no sea considerado paraíso fiscal.
- b) Las rentas obtenidas en territorio español a través de EP, cuando la casa central sea residente fiscal de un Estado que haya suscrito con España un Convenio para evitar la Doble Imposición, en el que no se establezca expresamente otra cosa.

En estos momentos UK sigue siendo EM a efectos fiscales, y lo seguirá siendo hasta el 31 de diciembre de 2020, y en todo caso tiene suscrito con España un Convenio para evitar la Doble Imposición que otorga un tratamiento recíproco.

Por último, analizaremos cómo sería la tributación de las plusvalías cuando se desinvierta en dichos activos.

- i. En el caso de haber adquirido los bienes a través de una sociedad española, a la hora de desinvertir, se pueden vender las acciones de la sociedad en vez de tener que vender el inmueble.

Esta operación tributaría de la siguiente forma:

En el caso del IVA y del ITPAJD acudiríamos al artículo 314 LMV que establece una exención para la venta de valores admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial. Esta exención resultaría de aplicación porque, aunque más de la mitad del activo de la sociedad esté formada por bienes inmuebles, estos se encuentran afectos a la actividad económica, por lo que la transmisión de valores no se vería exceptuada de la exención.

Por otro lado, al encontrarse involucrados bienes inmuebles de naturaleza urbana (entendemos que no son rurales), se devengaría el Impuesto sobre el Incremento del valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU). Esto no sería así en el caso de que la operación pudiese acogerse al régimen especial regulado en Capítulo VII del Título VII de la LIS, sin embargo, al no ser el caso, habrá que tributar por este impuesto, que graba el incremento de valor que experimentan estos terrenos puesto de manifiesto en el momento de la transmisión de los mismos. Este impuesto se regula en los artículos 104 al 110 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Además, en Reino Unido, la filial generaría una ganancia de capital por la venta de participaciones, por lo que acudiríamos al CDI para ver su tributación. El artículo 13.4 establece que estas rentas, si proceden de la venta de participaciones de sociedades

cuyos activos están constituidos de más de un 50% de bienes inmuebles situados en España, podrán grabarse en España.

Para ver cómo será su tributación en España, acudiremos a la LIRNR que establece, en primer lugar, que se entienden obtenidas en España las ganancias patrimoniales cuando proceden de derechos o participaciones en entidades cuyos activos estén constituidos mayoritariamente por bienes inmuebles ubicados en territorio español²⁴. En segundo lugar, el artículo 14.1.C).1 establece la sujeción de las ganancias patrimoniales cuando procedan de la venta de participaciones de entidades cuyos activos estén formados principalmente por inmuebles, como es nuestro caso. Por tanto, la ganancia que se obtenga de la venta de las participaciones tributará en virtud de este artículo a un tipo impositivo del 19% de conformidad con el artículo 25.1.f) LIRNR.

- ii. Por otro lado, si no existiera sociedad y quisiéramos desinvertir, vendiendo por tanto los inmuebles, la tributación sería la siguiente:

La venta de inmuebles estaría sujeta a TPO si se vendiese a una persona física sin condición de empresario o profesional. En el caso de venderse a otro empresario o profesional, estaría en un primer momento sujeta a TPO, ya que la ley del IVA prevé una exención para las segundas o posteriores entregas de bienes inmuebles. Si bien es cierto que se podrá renunciar a esta exención si el adquirente es sujeto pasivo del IVA, actúa en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial y tiene derecho a la deducción parcial o total del impuesto. En caso de que se renunciase, se tributaría por IVA con inversión del sujeto pasivo (art. 84 LIVA).

Por otra parte, también se devengaría IIVTNU, por lo que tributaría igual en este concepto con o sin sociedad. Sin embargo, la diferencia es que la ganancia de capital derivada de la venta de los inmuebles, además de grabarse en Reino Unido, también podrá grabarse en España de conformidad con el artículo 13.2 CDI, ya que estaríamos ante la propia transmisión del EP. Por lo tanto, tributará también por IRNR, concretamente por el artículo 16.1.C) que establece que son rentas imputables al EP las ganancias patrimoniales derivadas de elementos afectos al mismo, aclarándose en el

²⁴ Artículo 13.1.i). 3º LIRNR.

párrafo inmediato siguiente que tendrán la consideración de elementos patrimoniales afectos los vinculados funcionalmente al desempeño de la actividad objeto del EP. Por último, el tipo impositivo será del 25%²⁵ y en este caso no aplicará la imposición complementaria del 18% recogida en el artículo 19.2 LIRNR ya que Reino Unido a día de hoy es Estado Miembro de la UE a efectos fiscales, y, en cualquier caso, es un país con el que España tiene suscrito un CDI.

En resumen, la tenencia indirecta, es decir, a través de una sociedad española supondría: i) que los intereses pagados a UK son deducibles en España, y aunque en adquisición directa no habría intereses si posteriormente el EP solicitase financiación, no podría deducírselos.; ii) que por las rentas obtenidas se tributaría en ambos caso al 25% , aunque en el caso de tenencia indirecta, si fuese una entidad de nueva creación podría beneficiarse de algunas ventajas fiscales; y iii) que por la desinversión en los activos, no se tributa por IVA ni ITPAJD y en concepto de IRNR únicamente un 18%, mientras que sin sociedad sí existe tributación indirecta y el tipo impositivo del IRNR es seis puntos mayor (25%). Por todo lo mencionado con anterioridad, si lo que se adquieren son bienes inmuebles, recomendaría la tenencia a través de una sociedad.

Por otro lado, en el caso de que los activos sean bienes muebles no recomendaría la misma estructura de inversión, ya que no es rentable la constitución de una sociedad para la adquisición de activos muebles, siendo más beneficiosa la tenencia directa como a continuación analizaremos.

Si por ejemplo los bienes muebles fuesen un software o una licencia que se adquiere en España o un conjunto de máquinas o equipos (que en ese caso probablemente se llevarían a UK puesto que en España sin inmueble y sin personal no podrían funcionar), es preferible que se adquieran directamente por la filial de UK, ya que lo más probable es que no constituyesen un EP.²⁶ Así, los beneficios empresariales que se obtuvieran con dichos bienes muebles, solo podrían someterse a tributación en UK ante la ausencia de EP en España (7.1CDI). Asimismo, si por

²⁵ Artículo 19.1 LIRNR.

²⁶ Hemos de tener cuidado cuando hablamos de los Software puesto que en algunas ocasiones (dependiendo del tipo de Software y de la actividad que desarrolle -si es principal o simplemente auxiliar-) es susceptible de constituir un EP. Los Software ya cumplen de por si con casi todas las características del EP (lugar, fijo, en el que se desarrolla parte de la actividad y a disposición de la casa central), el único requisito que plantea más duda es que el servidor desarrolle una actividad principal. Si este requisito se cumpliera nos encontraríamos ante un EP. Por ello, dependerá del tipo de software y de la actividad que desarrolle el mismo y la sociedad propietaria.

ejemplo la filial de UK tuviese que pedir un crédito para la adquisición de los activos, los intereses probablemente serían deducibles en Reino Unido, mientras que si fuese a través de EP no serían deducibles (18.1.a) LIRNR) y si fuese a través de sociedad, lo serían con una serie de límites (limitación deducibilidad gasto financiero).

La venta de los inmuebles estaría sujeta a IVA, siempre y cuando se venda a otro empresario o profesional, al tipo general del 21%, sin embargo, esto no afectaría a la filial ya que se produciría la inversión del sujeto pasivo de acuerdo con lo establecido en el artículo 84. Uno. 2º. A) LIVA. Así, será el empresario comprador el que tenga que se autorepercute el IVA, emitiendo el vendedor una factura sin IVA e indicando que se produce la inversión del sujeto pasivo. En el caso de que se vendiese a un particular, la operación estaría sujeta a TPO. Por otro lado, la plusvalía de la venta únicamente podría someterse a tributación en Reino Unido de conformidad con el 13.6 del CDI, por ser este el lugar de residencia del transmitente.

Por último, los dividendos que la filial UK distribuya a su matriz Ñ1, estarán exentos en la medida en la que se cumplan los requisitos del 21 LIS, que en este caso se cumplen todos siempre que Ñ1 mantenga, o venga manteniendo su participación en UK durante un año.

3) REORGANIZACIÓN DE LOS ACTIVOS DE Ñ3 PARA LA ENTRADA DEL INVERSOR.

3.1 FORMAS DE ESTRUCTURAR LA OPERACIÓN

La operación que nos plantean, esto es, la creación de una nueva sociedad (NewCo) a la que aportar la actividad inmobiliaria de Ñ3 (activos y contratos del personal encargado del mantenimiento de esta) a fin de dar entrada a un nuevo inversor, podría llevarse a cabo tanto a través de una escisión parcial como a través de una segregación.

La escisión parcial viene definida en el artículo 70 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles (LME), y consiste en *“el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria”*

La segregación también es definida como *“el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias”*²⁷

Como vemos, las dos figuras son muy similares, y ambas pueden acogerse, si cumplen con los requisitos necesarios, al régimen especial del Capítulo VII, Título VII LIS, por ello, a la hora de decantarnos por la operación más apropiada, no hemos de perder de vista el objetivo principal de esta operación, que no es otro que facilitar la entrada de un nuevo inversor y tendremos que decantarnos por la operación que haga más sencillo la consecución de este objetivo. Por esto, y porque se pretende que sea Ñ3 el titular del 100% de las participaciones de la NewCo, la operación recomendada sería la segregación.

²⁷ Artículo 71 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

La segregación se diferencia de la escisión parcial principalmente en que es la propia sociedad segregada la que recibe las participaciones de la NewCo, mientras que en la escisión parcial son los socios de la escindida quienes las reciben. En este caso, se busca que Ñ3 sea el titular de la totalidad de las participaciones de la nueva sociedad y esto se consigue a través de la operación de segregación.

Además, y aunque a nuestro caso no le aplica porque Ñ3 cuenta con un único socio (Ñ1), la segregación facilita la toma de decisiones, ya que, en el caso de realizar una escisión parcial, si la sociedad escindida tuviese varios socios y las participaciones se repartiesen entre ellos, la toma de decisiones se vería condicionada a un mayor consenso que si las mismas perteneciesen a uno solo, la sociedad segregada. Así, si por ejemplo Ñ3 perteneciese a don A y a sus hijos directamente y llevásemos a cabo esta misma operación, y decidiesen que en lugar del 40% quieren vender al inversor la totalidad de las participaciones, mediante la escisión sería necesario que los tres estuvieran de acuerdo en vender sus participaciones, pero si se realizase mediante una segregación, bastaría con que don A y uno de sus hijos votaran a favor para que Ñ3 dejase de ostentar dichas participaciones y sacar adelante la transacción.

Por último, y aunque en este caso no es muy relevante puesto que ambas opciones podrían acogerse al régimen especial, en la segregación no es necesario realizar una reducción de capital, puesto que por el mismo valor que salen los activos, entran las nuevas participaciones en el patrimonio de la segregada. Es decir, estamos ante un cambio patrimonial cualitativo, pero no cuantitativo, con lo que, de no ser posible la acogida al régimen especial, a través de la segregación nos ahorraríamos los costes que conllevan las reducciones de capital (tributación por operaciones societarias, gastos notariales y sujeción a AJD).

3.2 APLICACIÓN DEL REGIMEN ESPECIAL (Capítulo VII, Título VII LIS)

Antes de analizar la tributación de la segregación bajo el régimen especial regulado en el Capítulo VII, Título VII de la LIS, hemos de examinar si se cumple un requisito que resulta imprescindible para que cualquier operación de las reguladas en este capítulo pueda acogerse al régimen de diferimiento fiscal, que es la existencia motivo económico válido para la realización dicha operación.

El artículo 89.2 LIS establece que “*no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal*” Es decir, el motivo económico válido será aquel motivo, distinto del fiscal, que empuje a un contribuyente a la realización de una de las operaciones incluidas en el régimen especial.

Sin embargo, este término resulta indeterminado, y ha sido necesario su matización por la jurisprudencia y las consultas de la DGT. Así, a base de pronunciamientos por parte de tribunales y de la dirección general de tributos, existen una serie de motivos que, a priori, se encuentran aceptados por Hacienda como motivos económicos válidos, si bien siempre es necesario analizar caso por caso. Un ejemplo de los motivos en principio aceptados son: simplificar y unificar los criterios en la gestión administrativa; centralizar la planificación y simplificar la toma de decisiones; estructurar de forma eficiente las inversiones a realizar; estructurar racionalmente las participaciones (CV0603-19) o mejorar la gestión de las distintas sociedades y disminuir los costes administrativos y de gestión; aumentar la capacidad comercial y de negociación con terceros; aumentar la solvencia del futuro grupo y permitir la obtención de nuevas fuentes de financiación (CV2061-19).

Sentado lo anterior, es importante recalcar que el hecho de que concurra alguno o varios de los motivos previamente mencionados, no significa que resulte posible, de manera automática, la aplicación del régimen especial. Así lo determinó el TJUE en su sentencia en el caso *Foggia-SGPS*²⁸ en el que establece que “*puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que éstas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada*”. Es decir, el Tribunal establece que, el hecho de que junto al motivo fiscal existan otros motivos aparentemente válidos, solo permite la aplicación del régimen cuando de la ponderación de unos y otros, no resulten los fiscales de mucho más peso que los otros.

²⁸ STJUE (Sala Quinta), del 10 de noviembre de 2011, Caso Foggia- SGPS, (asunto C-126/10).

Con esto, se viene a establecer que la invocación de una minoración en los costes de estructura – inherente a cualquier operación de reestructuración – no constituye por si sola un motivo económico válido si las ventajas fiscales resultan mucho más relevantes, ya que en ese caso se podría considerar que el objetivo principal de la operación es el ahorro fiscal.

Esta línea adoptada por el TJUE en 2011 ha sido asimilada por la dirección general de tributos, tal y como observamos, por ejemplo, en la CV2932-16 En ella el consultante alega varios motivos económicos de los “aparentemente válidos”, y sin embargo la DGT contesta lo siguiente:

“Por otra parte, cabe señalar que, al resultar más beneficioso el régimen de diferimiento previsto en el IRPF en el caso de transmisión de participaciones en fondos de inversión, en relación con la tributación que hubiera correspondido de transmitirse las participaciones en las sociedades de inversión de capital variable, cabría plantearse cuál es la finalidad preponderante de la operación, si son las anteriormente esgrimidas, o si por el contrario la ventaja fiscal señalada resultaría ser la finalidad principal de esta operación de fusión. De resultar esta última, se consideraría que la operación tiene como finalidad principal el fraude o la evasión fiscal, no resultando, por tanto, económicamente válida, a los efectos de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS”

Es decir, a modo de resumen del recopilatorio anterior, ha queda claro que el mero hecho de que exista una ventaja fiscal no impide la aplicación del régimen si existen otros motivos económicos válidos de mayor peso. Lo que se ha de analizar es el conjunto de todos los motivos existentes y realizar una ponderación para llegar a la conclusión de si los motivos alegados son de mayor valor que la venta fiscal obtenida.

Por último, resulta interesante la reciente Sentencia dictada por la AN²⁹ el 20 de julio de este año en la que, además de seguir las líneas mencionadas anteriormente (ponderación global de motivos), el Tribunal recalca que “*el hecho de alcanzar una mejor eficiencia fiscal no es, desde luego, un impedimento a la aplicación de este régimen especial. Como tampoco lo es pretender obtener las ventajas fiscales en sí del régimen de diferimiento, pues si tales ventajas fueran las*

²⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional 2152/2020 de 16 de julio de 2020 (Nº de recurso 128 /2017). Actuó como ponente D. Manuel Fernández-Lomana García.

únicas obtenidas, y la operación respondiera a una racionalización o reestructuración empresarial, no cabría sino conceder el régimen, ya que como se puso de manifiesto por la Resolución del TEAC de 19 de enero de 2007 , « no tendría sentido aplicar la cláusula antifraude precisamente para evitar el diferimiento que el régimen especial conlleva, pues en ese caso nunca resultaría aplicable dicho régimen », siempre que, junto a él, existan razones fundadas que evidencien una mejora de la estructura económica o una mayor racionalización de las actividades, pues la planificación fiscal de las actividades económicas es un comportamiento perfectamente legítima”

Por lo tanto, es necesario en cada caso valorar la totalidad de los motivos alegados, sin que el hecho de obtener una ventaja o beneficio fiscal sea necesariamente una razón excluyente del régimen, y sin que la mera enumeración de una serie de motivos “aparentemente válidos” de derecho a la aplicación automática del mismo.

En nuestro caso, el motivo de llevar a cabo esta operación de reestructuración es la de facilitar la entrada de un nuevo inversor – un fondo internacional – que únicamente está interesado en la actividad inmobiliaria, no queriendo participar en ninguna de las actividades de formación a las que también se dedica Ñ3. Parece evidente la necesidad de llevar a cabo una operación a fin de sacar los inmuebles de Ñ3 y permitir a este potencial inversor adquirir participaciones en la nueva sociedad dedicada en exclusiva a la actividad de interés del fondo internacional, la inmobiliaria.

Así pues, vamos a analizar la tributación de la segregación bajo el régimen especial, para lo cual acudiremos al artículo 76.3 LIS, que, aunque regula la aportación no dineraria de ramas de actividad, es la figura que se corresponde con la operación de segregación.

Dicho lo anterior, y bajo el régimen especial, la tributación sería la siguiente:

1. Impuesto sobre Sociedades

Hemos de comenzar por resaltar que el artículo 77.1. a) LIS establece que no se integrarán en la base imponible las rentas que se deriven de las definiciones establecidas en el artículo 76 LIS, ente las que se encuentra la segregación, siempre que ambas sociedades sean residentes en

España. Como tanto Ñ3 como la NewCo lo son, no se integrarán las rentas, difiriéndose de la siguiente manera:

1.1 Valoración de la operación para la sociedad beneficiaria

El artículo 78 de la LIS regula como se han de valorar los bienes y derechos recibidos cuando se aplica este régimen, y siguiendo lo establecido en el, la sociedad beneficiaria de la segregación, es decir la NewCo, valorará fiscalmente la rama de actividad que le ha sido transmitida por el mismo valor fiscal que poseía en Ñ3. Además, los bienes transmitidos conservarán también la antigüedad que tenían, debiendo mantener la nueva entidad la fecha de adquisición que tenían en la entidad transmitente, siendo esto último de gran importancia para la amortización de los bienes inmuebles.

1.2 Valoración de la operación para la sociedad transmitente

Mediante la segregación Ñ3 se convierte en socia de NewCo, y las participaciones recibidas las valorará por el mismo valor fiscal que tenía la rama de actividad que segregó, tal y como establece el artículo 79.1 LIS.

1.3 Subrogación en los derechos y obligaciones tributarias

El artículo 84LIS establece que, en los casos en los que las operaciones del artículo 76, entre las cuales se encuentra la segregación, se realicen por sucesión universal, se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y deberes que hayan nacido al amparo de la legislación española. En este caso, la segregación, figura regulada en el artículo 71 LME, se realiza por sucesión universal, por lo que los derechos y deberes relativos a la rama de actividad inmobiliaria serán traspasados a la NewCo.

Por otro lado, si existiesen en Ñ3 bases imponibles negativas de otros años pendientes de compensar que se correspondiesen con la actividad segregada, estas serían transmitidas a NewCo de conformidad con lo establecido con el artículo 84.2LIS.

2. Impuesto sobre el Valor Añadido

El artículo 7. 1º LIVA establece que no se encuentran sujetos a este impuesto la transmisión de un conjunto de elementos que, siendo parte del patrimonio empresarial de la transmitente, sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma y desarrollar la actividad empresarial. En este caso, al ser la segregación la transmisión de una rama de actividad, aplicaría esta no sujeción, ya que precisamente la definición dada por la LIS de aportación de rama de actividad implica el traspaso de una unidad económica independiente.

3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD)

En primer lugar, bajo la modalidad de Operaciones Societarias (OS) nos encontramos con que el artículo 19.2. 1º del Real Decreto Legislativo 1/1993, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del ITPAJD establece la no sujeción para las operaciones de reestructuración. Por su parte, el artículo 21 de este mismo texto legal define qué se consideran operaciones societarias a efectos de este impuesto, encontrándose entre estas las operaciones del 83.3 del Texto refundido de la LIS que se corresponde con el 76.3 LIS, las aportaciones de ramas de actividad, esto es, la segregación. Por tanto, esta operación se encuentra no sujeta bajo la modalidad de Operaciones Societarias.

En segundo lugar, para analizar la tributación bajo la modalidad de TPO y AJD acudiremos al artículo 7.5 LITPAJD que establece que no estarán sujetas a TPO las transmisiones onerosas por actos inter vivos de bienes y derechos que integren el patrimonio de una persona física o jurídica cuando estén realizadas por empresarios o profesionales, salvo que se trate de transmisiones de bienes inmuebles exentos de IVA.

Así pues, aunque sea una transmisión entre empresarios, desde una primera aproximación, podría estar sujeta a TPO. Sin embargo, el artículo 45.I.B.10 establece una exención en este impuesto para las operaciones de reestructuración, por lo que finalmente la operación estaría sujeta y exenta.

Por último, el artículo mencionado en el párrafo anterior, establece la misma exención para la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, por lo que la segregación tampoco tributará bajo este concepto.

4. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)

Este impuesto, tal y como viene dispuesto en la Disposición Adicional 2ª de la LIS “*No se devengará (...) 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.*”

Además, para la futura transmisión de esos terrenos por parte de NewCo, está tendrá que entender que el número de años durante los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento del valor, no se ha visto interrumpido por la operación de segregación, o lo que es lo mismo, NewCo establecerá como fecha de adquisición de dichos terrenos la fecha en que fueron adquiridos por Ñ3.

Por último, para la aplicación del régimen especial es preciso cumplir con una serie de formalidades establecidas en los artículos 89LIS y 48 del Reglamento del IS. Estas consisten en que la a entidad adquirente, en este caso la NewCo, deberá comunicar a la Administración el tipo de operación que realiza y la opción por el régimen especial en los tres meses siguientes desde que se otorgue escritura pública o documento análogo de la operación. La no comunicación constituye una infracción tributaria grave que lleva aparejada una multa de 10.000 euros.

El contenido de la comunicación se encuentra en el artículo 49 RIS que establece que deberá incluir: i) identificación de las partes de la operación y descripción de esta, ii) copia de la escritura pública de la operación o documento análogo y iii) indicación de que no se aplica el régimen fiscal en el caso de que no se quiera optar por el mismo.

3.3 APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL. CONSECUENCIAS PARA Ñ3 Y Ñ1 DE LA NO APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL.

En el caso de que el régimen especial no resultase de aplicación, la operación de segregación tributaría bajo el régimen general de la siguiente manera:

1. Impuesto Sobre Sociedades

Cuando se aplica el régimen general, hemos de acudir al artículo 17 LIS que regula las reglas de valoración de las transmisiones lucrativas y societarias. Concretamente su apartado 5 establece que habrán de valorarse los bienes transmitidos o adquiridos a título lucrativo por la diferencia entre su valor de mercado y su valor fiscal.

En virtud de lo anterior, en Ñ3 se producirá un ingreso por la diferencia entre el valor de mercado (50 millones) y el valor fiscal (29 millones), es decir se generará una plusvalía de 21 millones de euros que tendrá que integrar en su base imponible. Por su parte, NewCo emitirá participaciones por el mismo valor del negocio escindido – y recibido –, que serán atribuidas a Ñ3.

2. Impuesto Sobre el Valor Añadido

La operación continuaría estando no sujeta a este impuesto por el artículo 7. 1º LIVA, ya que lo que determina su no sujeción, es el hecho de que lo transmitido constituya una unidad económica autónoma susceptible de desarrollar una actividad empresarial por si misma, lo cual se cumple en este supuesto, aunque no resulte de aplicación el régimen especial.

3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD)

La exención recogida para el TPO y AJD en el artículo 45.I.B.10 se prevé para aquellos casos en que resulte de aplicación el régimen especial, es decir si se cumplen los requisitos para poder acogerse establecidos en la LIS, con independencia de si el

régimen se termina aplicando o no. El problema es que en este apartado estamos analizando la tributación en caso de que no resultase aplicable el régimen, por lo que no va a resultar de aplicación esta exención.

Por tanto, en relación con el TPO, que debe ser pagado por NewCo en virtud del artículo 8. A) LITPAJD, al no estar exento, tributará al tipo impositivo del 6%³⁰ ya que desconocemos la Comunidad Autónoma donde radican los inmuebles. Este se aplicará sobre el valor real, esto es, el de mercado (50 millones), tal y como determina el artículo 10.1 LITPAJD.

En cuanto al AJD en su modalidad de documentos notariales, que deberá ser satisfecho por NewCo en virtud del artículo 29 LITPAJD, aunque no aplique la exención de las operaciones de reestructuración, como se trata de dejar constancia de la creación de una nueva sociedad, aplica la exención del 45.I.b). 11 LITPAJD.

Por último, al impuesto de OS, también siendo el sujeto pasivo el adquirente, es decir la NewCo, en virtud del 23.a) LITPAJD, también le resulta de aplicación la exención mencionada en el párrafo anterior por encontrarnos ante la constitución de una sociedad.

4. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)

En este caso, al no resultar de aplicación el régimen, tampoco lo es la Disposición Adicional 2ª de la LIS, por lo que en este caso la operación estará sujeta y no exenta. El obligado a satisfacer este impuesto es el vendedor³¹, y al ser un impuesto cuya gestión ha sido delegada a los ayuntamientos, para saber el tipo impositivo hemos de acudir a la normativa del ayuntamiento, ordenanza fiscal, en que radiquen los bienes inmuebles.

Por último, el pago de este impuesto para Ñ3 será deducible en el IS ya que no se encuentra en el listado de gastos no deducibles establecidos por el artículo 15 LIS.

³⁰ Artículo 11.1. a) del LITPAJD.

³¹ Artículo 106.1.B) del RD 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

3.4 TRIBUTACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE LA VENTA DEL 40% DE PARTICIPACIONES DE NEWCO POR PARTE DE Ñ3 A SOCIEDAD ESPAÑOLA PROPIEDAD DEL FONDO INTERNACIONAL.

1. Tributación indirecta de la venta de participaciones

En cuanto a la tributación de la compra del 40% de las participaciones, para la tributación indirecta acudiremos al artículo 314 LMV que establece una exención EN IVA e ITPAJD para la venta de valores, tanto si están admitidos a negociación en un mercado secundario oficial como si no lo están. A esta exención se establece una excepción, por entenderse que se actúa con ánimo de elusión fiscal, en relación con la transmisión de bienes inmuebles:

“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”

Sin embargo, nuestros inmuebles se encuentran afectos a la actividad empresarial, que es la inmobiliaria, por lo que seguirá resultando de aplicación la exención mencionada con anterioridad. No obstante, hemos de tener en cuenta que esta exención es la genérica y que también podemos encontrar exenciones específicas para esta transacción.

En el IVA acudiremos al artículo 20.1.18.k) LIVA que establece que estarán exentos los servicios y operaciones relativos a acciones o participaciones en sociedades con excepción de los servicios de depósito y de gestión.

Por otra parte, este tipo de operaciones se suelen hacer ante notario para una mayor seguridad jurídica, por lo que la sociedad inversora debería tributar en principio por este concepto, pero, además de la exención del 314LMV, el artículo 45. I.B.9ª LITPAJD establece que *“las transmisiones de valores admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores”* se encuentran exentas de AJD en su modalidad “documentos notariales”, por lo que tampoco se tributará por este concepto.

2. Tributación directa de la venta de participaciones

En el Impuesto sobre Sociedades, lo primero que hemos de tener en cuenta es que, en el caso de haber aplicado el régimen especial, se ha producido un diferimiento de las rentas, es decir, los activos han conservado el valor fiscal que tenían antes de la reestructuración, y las participaciones se han emitido por dicho valor (29 millones de euros).

Partiendo de esto, hemos de acudir al 21 de la LIS, que regula la exención por la transmisión de participaciones. En este caso, al haber aplicado el régimen especial acudiremos al apartado 4. a) que establece las especialidades que habrán de seguirse. En virtud del mismo, al haberse realizado en su día una aportación no dineraria de elementos patrimoniales que implicó una no integración de la renta (diferimiento) de 21 millones en la base imponible, sobre esta renta no integrada, no aplicará la exención y habrá que tributar por ello en el IS.

Así, la NewCo cuando venda las participaciones, integrará en su base imponible el 40% de 21 millones, ya que solo se vende ese porcentaje. Por su parte al inversor, al haber adquirido un porcentaje de participaciones superior al 5%, si decide venderlas en un futuro, siempre y cuando las haya conservado en su patrimonio más de un año, le resultará de aplicación la exención del 21.3 LIS.

4) Ñ4 Y Ñ5

4.1 COMPENSACIÓN BASES IMPONIBLES

La compensación de bases imponibles negativas es una cuestión de suma importancia para la tributación de las empresas, ya que supone la posibilidad de compensar resultados negativos generados en años anteriores con los beneficios obtenidos en el año de compensación. Esto tiene como resultado una menor tributación por parte del sujeto pasivo en el Impuesto sobre Sociedades, y, por ende, es una cuestión que ha sido objeto de numerosas modificaciones legislativas. En nuestro caso concreto, nos planteamos la potencial compensación de bases imponibles en el ejercicio 2020, y por ello analizaremos dicha posibilidad a la fecha indicada, pero sin perder de vista los regímenes de compensación pasados y los posibles regímenes transitorios que puedan aplicar a las BINs arrastradas por la sociedad Ñ5 de años anteriores.

Hemos de comenzar recalcando que, con la reforma de la LIS en 2014, que surtió efecto el 1 de enero de 2015, se suprime el límite temporal para la compensación de BINs, siendo anteriormente de dieciocho años. Es decir, en la actualidad una empresa puede arrastrar sus bases imponibles negativas durante toda su existencia, sin que llegue un momento en que pierda el derecho de utilizarlas. Esto nos puede llevar a plantearnos, qué ocurre con las BINs que la sociedad Ñ5 arrastra desde antes de esta modificación en la Ley, y para contestar acudirémos a la disposición transitoria vigésimo primera de la LIS que establece 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.”* Así pues, las BINs generadas en 2013 y 2014 también pueden compensarse de forma ilimitada en el tiempo.

Ahora bien, además de la limitación temporal, existen otras limitaciones para poder compensar bases imponibles, que analizaremos a continuación planteando los distintos escenarios posibles.

En primer lugar, para ver si Ñ5 puede compensar sus bases imponibles hemos de acudir al artículo 26.4 LIS que establece en qué casos no podrán ser utilizadas las BINs. Esta situación se dará cuando concurren las circunstancias establecidas en las letras a) b) y c) de este apartado cuarto, y son las siguientes:

- a) Cuando la mayoría del capital social o derechos de participación hayan sido adquiridos por una entidad o persona con posterioridad a la finalización del período impositivo en que se generaron las bases imponibles negativas.
- b) Cuando esta entidad o persona hubiese tenido, con anterioridad a la finalización del período impositivo en que se generaron las bases imponibles negativas, una participación inferior al 25%.
- c) Cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:
 - 1. La entidad que pretende utilizar sus propias BINs no haya realizado actividad empresarial alguna durante los tres meses anteriores a la adquisición.
 - 2. La entidad realice durante los dos años siguientes a la adquisición una actividad distinta a la que realizaba con anterioridad, y que la nueva suponga, por si misma, un INCN superior al 50% del INCN medio de los dos años anteriores al inicio de la misma.
 - 3. La entidad sea susceptible de ser considerada una entidad patrimonial en los términos establecidos en la LIS.
 - 4. La entidad, por aplicación del artículo 119.1. b) de la LIS, haya sido dada de baja en el índice de entidades.

En este caso, las participaciones de Ñ5 no han sido adquiridas de forma directa por una entidad o persona, si bien, al estar al 100% participada por Ñ4 y haber sido ésta adquirida en su totalidad por Ñ1, podemos afirmar que, en última instancia, ha sido adquirida por Ñ1. Por ello entendemos cumplidos tanto la circunstancia de la letra a), ya que ha sido adquirida por Ñ1 con posterioridad a la finalización de los períodos impositivos en que se generaron las BINs, como la de la letra b), ya que Ñ1 ha adquirido de forma indirecta el 100% de las participaciones de Ñ5, ostentando con anterioridad a la finalización de los períodos impositivos de generación un porcentaje inferior al 25%.

Bastaría pues con que se diese también alguna de las circunstancias de la letra c) para que Ñ5 no pudiese compensar sus BINs. Sin embargo, nuestro análisis va a centrarse únicamente en la primera y segunda situación, puesto que la tercera y la cuarta parecen descartarse rápidamente. Esto es así porque, por un lado, la entidad Ñ5 se dedica a una actividad empresarial y no parece reunir las características de entidad patrimonial establecidas en el artículo 5.2 LIS. Por otro lado, no se puede asumir por la información que se tiene, que la entidad haya sido dada de baja del índice de entidades, y nada lleva a pensar que se cumplan los requisitos del 119 LIS para ser dada de baja del mencionado índice.

Dicho lo anterior, parece descartarse también la circunstancia primera, puesto que Ñ5 ha venido desarrollando una actividad durante todos los años pasados, ya que, si bien la actividad de construcción estuvo en suspenso, la actividad de gestión de los servicios comunitarios de las urbanizaciones (gimnasio, SPA y cafetería) siguió siendo desarrollada, reportado a esta entidad ingresos, que, aunque poco significativos, se mantuvieron durante todos los años. Además, el caso nos dice que Ñ5 ha retomado la actividad principal de construcción hace meses, y, aunque no sabemos cuantos meses han transcurrido desde que retomó esta actividad, en el caso de que fuesen más de tres, tampoco se entendería cumplida esta circunstancia, ya que la ley exige para entenderse cumplida que la sociedad “no viniera realizando actividad económica alguna dentro de los 3 meses anteriores a la adquisición”, y como ya hemos aclarado con anterioridad, la actividad de gestión de los servicios comunitarios nunca dejó de desarrollarse.

Por último, la circunstancia del segundo punto no puede entenderse cumplida porque Ñ5 en ningún momento ha cambiado su actividad empresarial por otra nueva, entendiéndose por actividad nueva aquella que suponga un cambio de grupo en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas³², ni ha añadido otra que supusiese un volumen de ingresos tan alto como para cumplirse esta circunstancia. Además, la actividad de gestión de los servicios comunitarios, que es lo único que podría suscitar nos alguna duda, ya venía siendo desarrollada con anterioridad a la adquisición.

³² Artículo 26.4.c) apartado 2º de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Así pues, al no cumplirse todas las circunstancias del 26.4, entendemos que Ñ5 podrá compensar sus BINs, aunque conviene señalar que no podrá hacerlo en la forma en que desee, sino que tendrá que respetar los límites de cuantía establecidos.

Para saber el límite de compensación acudiríamos al artículo 26.1 LIS que establece que una entidad podrá compensar con BINs pasadas el 70% de su base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización y a su compensación, o, en todo caso, un millón de euros. Es decir, si el 70% de la Base Imponible de Ñ5 en 2020 fuese inferior a un millón de euros, podrá optar por compensar un millón.

Sin embargo, este porcentaje fue consecuencia de una modificación introducida en 2016, con la que se introdujeron otras especialidades para la compensación de BINs de las llamadas “grandes empresas”. Estas especialidades se encuentran en la Disposición Adicional decimoquinta de la LIS, y consisten en que, para los períodos impositivos iniciados con el 1 de enero de 2016 y para los posteriores, las entidades que durante los doce meses anteriores en que se inicie el período impositivo cuenten con un INCN superior a veinte millones sustituirán el porcentaje del 70% por los siguientes:

- 50 por ciento, cuando el INCN de los doce meses previos sea de al menos veinte millones, pero no llegue a alcanzar los sesenta millones de euros.
- 25 por ciento, para los casos en que sea igual o superior a sesenta millones de euros.

Así pues, dependiendo del INCN de Ñ5 durante 2019, puesto que la adquisición se realizó a principios de 2020, podrá aplicar un límite mayor u otro menor a la hora de compensar las BINs que generó entre 2013 y 2018. Si este superase los 20 millones, aplicaría el límite del 50%, y si fuese igual o superior a 60 millones, el límite se reduciría al 25%. Sin embargo, considerando que Ñ5 es una inmobiliaria cuya actividad ha estado paralizada desde 2016 hasta 2020, año en que retomó la actividad y en que prevé obtener ingresos, lo más probable es que en 2019 su INCN no llegase a los 20 millones, por lo que le aplicaría el límite general del 70% o, en todo caso, de un millón de euros.

4.2 TRIBUTACIÓN EN IRPF PARA LOS EMPLEADOS DE Ñ5 DEL PLAN DE OPCIONES SOBRE LAS PARTICIPACIONES DE Ñ4.

A continuación, vamos a analizar cómo tributará en IRPF la concesión, por parte de Ñ5 a sus trabajadores, de opciones sobre las participaciones de su matriz Ñ4.

El artículo 17 de la LIRPF define los rendimientos del trabajo como el conjunto de *“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.”*

Conforme lo anterior, la concesión por parte de Ñ5 de dichas opciones de compra a sus trabajadores deben considerarse rendimientos del trabajo. Ahora bien, hemos de recalcar que este tipo de rendimiento se encuentra dentro de los llamados rendimientos en especie de acuerdo con la definición dada en el artículo 42.1 LIRPF, ya que los trabajadores obtienen un derecho, que guarda una relación directa con la relación laboral, a un precio inferior al de valor de mercado.

Llegados a este punto, hemos de diferenciar si nos encontramos ante opciones de compra intransmisibles o transmisibles. En el caso de encontrarnos ante las primeras, el rendimiento del trabajo en especie no se generará hasta el día en que los empleados ejerciten la opción (junio y diciembre del 2023 y del 2024), momento en el cual se valorará de conformidad con lo establecido en el artículo 43LIRPF. Este artículo establece que el rendimiento será la diferencia entre el valor de mercado de la participación el día en que se ejercite la opción de compra y la cantidad satisfecha por el beneficiario de esta³³. En el caso de estar ante opciones de compra transmisibles, el rendimiento en especie se devengaría en el momento de su concesión y en el supuesto de que se vendiese la opción, la renta que se generaría tendría la consideración de ganancia patrimonial.

Dicho lo cual, al ser nuestras opciones de compra intransmisibles, no se generará renta hasta el momento de su ejercicio. Además, para este caso concreto, hemos de analizar si a los trabajadores les sería de aplicación en dicho momento, la exención prevista en el artículo 42.3.f)

³³ CV1907-17

LIRPF³⁴. Para que resulte aplicable, es necesario que concurren los requisitos establecidos en el artículo 43 RIRPF, por lo que a continuación analizaremos si en este caso se cumplen y, por ende, si los trabajadores pudieran en el futuro beneficiarse o no de esta exención.

Los requisitos exigidos son:

- i) Que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa y contribuya a su participación en la misma.

Parece que este requisito se cumple, ya que del caso no se puede deducir que se establezcan circunstancias (ej.: alcanzar un mínimo de ingresos/ventas, ocupar un determinado puesto o categoría en la empresa...) que condicionen la concesión de la opción de compra.

- ii) Que cada trabajador no ostente una participación directa o indirecta superior al 5%, ni de forma individual ni de forma conjunta con su cónyuge o familiares hasta el segundo grado.

Teniendo en cuenta que los empleados son 23 y se concede a todos ellos la opción de compra, ni si quiera, aunque se ofertara la compra del 100% de las participaciones de Ñ4 ($100/23 = 4,34$), se alcanzaría ese 5%, salvo que hubiese entre alguno de los empleados vínculos familiares o matrimoniales. Al no conocer esta posible circunstancia y al estar haciendo un análisis general, y no particular, para la totalidad de empleados, entendemos cumplido este segundo requisito.

- iii) Que los títulos adquiridos se mantengan durante un período mínimo de tres años.

Por tanto, en el caso de que los trabajadores mantuviesen tres años las participaciones adquiridas y siguiesen siendo trabajadores activos de Ñ5³⁵, se podrían beneficiar de la exención recogida en este artículo. Así lo ha venido determinado la DGT en su CV1586-

³⁴ El artículo 42.3.f) LIRPF establece una exención para “*la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades*”.

³⁵ Es importante recalcar que esta exención únicamente se aplicaría a aquellos empleados que siguiesen trabajando en Ñ5 (trabajadores activos). Así lo matiza la DGT en la CV2301-05 de 14 de noviembre 2005, en la que un trabajador que es despedido antes de que finalice el plazo para poder ejercitar la opción, plantea si una vez ejercitada la misma (y no siendo él ya trabajador de la compañía) le es de aplicación dicha exención. La DGT concluye que únicamente resulta de aplicación a los trabajadores que se encuentren en activo en el momento del ejercicio de las opciones.

06 en la que la cuestión planteada es precisamente si a un paquete de “stock options” (opciones de compra) le resulta de aplicación la exención del art.46.2. a) del antiguo TRLIRPF, que se corresponde con nuestro actual artículo 42.3. f) LIRPF.

No obstante, en caso de que no se mantuviesen las participaciones durante el período mínimo exigido, el contribuyente, en este caso el trabajador, deberá presentar autoliquidación complementaria, con los correspondientes intereses de demora desde el momento del incumplimiento hasta que finalice el plazo de tres años establecido reglamentariamente.

Asimismo, esta exención tendrá el límite de 12.000 euros anuales, tributando el exceso en la base general como rendimiento del trabajo. No obstante, para este exceso se podría plantear la aplicación de la reducción del 30% del artículo 18.2 LIRPF por rendimientos cuya generación se haya producido en un plazo superior a dos años.

Así pues, teniendo en cuenta que la opción se ofrecería en 2020 y no se ejercitaría, como pronto, hasta junio de 2023, el período de generación sería superior a 2 años y el exceso no exento, en el caso de existir, tendría derecho a aplicar esta reducción, siempre y cuando en los cinco períodos impositivos anteriores el trabajador no hubiese aplicado esta reducción a otros rendimientos con período de generación superior a dos años.

5) ELIMINACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO QUE SUI TIENE FRENTE A Ñ6

5.1 CONDONACIÓN DEL CRÉDITO

La LIS no reconoce una regulación específica para la condonación de créditos intragrupo, por lo que, tal y como ha venido determinado la DGT³⁶, nos atenderemos a lo que establece la normativa contable. El tratamiento contable de las condonaciones de créditos viene establecido en la norma de valoración número 18 del PGC (Plan General Contable) de subvenciones, donaciones y legados. Ésta establece dos criterios de imputación, uno general – para entidades no vinculadas –, y otro especial³⁷, para aquellas condonaciones intragrupo.

En nuestro caso SUI adquirió la totalidad de las participaciones de Ñ6, a quien se plantea condonar la deuda, por lo que nos resulta de aplicación el régimen especial, y para saber cómo se aplicaría, nos apoyaremos en la consulta 4 del BOICAC 79/2009 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. En ella, el Instituto determina que *“cuando el desplazamiento patrimonial sin contraprestación se produce entre dos sociedades dependientes, no cabe duda que está presente la misma razón o causa que justifica el tratamiento contable regulado en la NRV 18ª.2, siempre y cuando el desplazamiento se realice en términos de proporción a su participación respectiva. En consecuencia, este Instituto considera que el registro de ambas operaciones debe ser coincidente, con las necesarias adaptaciones en función de la dirección en que se materialice el citado desplazamiento”*.

Así, siguiendo lo establecido en el PGC y apoyándonos en esta consulta, la sociedad SUI (donante) registraría en su contabilidad un incremento en el valor de sus participaciones en el capital social de Ñ6 y daría de baja el crédito de su activo, y Ñ6 (donataria) registraría por el mismo importe una aportación de socios, dando de baja la deuda de su pasivo. Por tanto, tal y como establece el apartado 2 de la NRV 18ª *“las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables otorgados por 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”*.

³⁶ V0856-13 de 19 de marzo de 2013 y V0212-14 de 29 de enero de 2014, entre otras.

³⁷ Apartado 2 de la NRV 18ª Plan General Contable.

Sin embargo, hemos de hacer dos matizaciones al párrafo anterior. La primera, que esto es así porque SUI ostenta el 100% de las participaciones de Ñ6, ya que, en caso de no ser titular de la totalidad, la parte que no se correspondiese con participaciones sería ingreso excepcional para la donataria y gasto excepcional (no deducible fiscalmente, ya que se consideraría una liberalidad) para la donante. La segunda, que lo establecido en dicho párrafo, se aplica cuando los créditos no han sufrido un deterioro, recibiendo un tratamiento distinto en caso contrario.

Por tanto, como en nuestro caso el crédito ha sido adquirido por SUI a un tercero y este se encontraba deteriorado, el registro de esta operación no puede ser igual que en el caso de que el derecho de crédito hubiese sido concedido por SUI y posteriormente condonado, puesto que al haberse producido una quita por parte de una sociedad ajena al grupo (la prestamista original), esto dará lugar al reconocimiento de un movimiento en la cuenta de PyG de la deudora, en este caso un ingreso, por la cuantía de la quita³⁸. Así, el registro de la operación será el siguiente:

- SUI registrará un incremento en el valor de sus participaciones de 1 euro, importe por que adquirió y, por tanto, contabilizó su crédito frente a Ñ6.
- Ñ6 registrará una aportación de socios de un euro y un ingreso extraordinario por la diferencia, es decir por 29.999.999 euros, ya que esta en su pasivo tenía contabilizada un pasivo por 30 millones.
- La prestamista originaria en su momento registraría una pérdida de 29.999.999 euros, ya que el valor de su crédito se vio enormemente deteriorado. Es probable que desde un primer momento deteriorase contablemente el crédito, y en el momento en que concurren las circunstancias del 13 LIS para poder hacerlo fiscalmente, procediese a su deterioro fiscal.

³⁸ La interpretación contenida en este párrafo se extrae del trabajo de José Martínez Paños y David López Pombo. “Condonaciones de créditos intra-grupo: régimen contable, jurídico y fiscal. Análisis de la doctrina del ICAC y de la dirección general de tributos”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez (2014), pp.10-12.

Esta postura ha seguido la DGT en su contestación a la consulta V1703-09, de 16 de julio de 2009, donde una sociedad adquiere un derecho de crédito al descuento contra otra sociedad del grupo a un tercero, para posteriormente proceder a su condonación.

5.2 CAPITALIZACIÓN DEL CRÉDITO

Otra alternativa sería la capitalización del crédito por parte de SUI. Esta opción se encuentra regulada en la legislación mercantil en el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital, y a diferencia de la condonación, para la realización de esta operación se exigen una serie de requisitos, entre los que se encuentra la exigencia de que los créditos que se capitalicen sean totalmente líquidos y exigibles.

Otra diferencia de la capitalización respecto de la condonación, es la relativa a la regulación fiscal de esta operación, ya que nuestra Ley del Impuesto sobre Sociedades sí hace mención de la misma en su artículo 17.2, que dice así:

“Las operaciones de aumento de capital o fondos propios por compensación de créditos se valorarán fiscalmente por el importe de dicho aumento desde el punto de vista mercantil, con independencia de cuál sea la valoración contable.”

Este precepto nos indica que en este supuesto dejaremos de lado la contabilidad, ya que de no ser así la operación de capitalización para dar de baja el pasivo supondría en la deudora un aumento de capital por el valor razonable del pasivo (1 euro) y la diferencia (29.999.999) sería un ingreso.

Sin embargo, la perspectiva mercantil, al amparo del RD 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, establece que el aumento de capital de la deudora tiene que ser por el importe del pasivo registrado. Esto es, por un lado, Ñ6 deberá aumentar su capital por importe de la deuda que tiene, 30 millones, de tal forma que no contabiliza ningún ingreso.³⁹ Por otro, SUI, en su condición de acreedora, pasa a tener un mayor valor de participaciones por ese mismo importe

³⁹ La interpretación contenida en este párrafo se extrae del trabajo de David López Pombo López Pombo. “Tratamiento fiscal de los beneficios fiscales derivados de quitas, esperas, conversiones y homologaciones”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº45, (2017), pp.61-63.

de 30 millones de euros, lo que supone la cancelación de su derecho de crédito (1 euro) y la diferencia computará como un ingreso, teniendo SUI que tributar por él y no Ñ6 como habría ocurrido si hubiésemos seguido el mismo camino que la contabilidad.

Esta perspectiva mercantil sobre la necesidad de que la deudora aumente capital por el mismo importe de la deuda a cancelar, ha sido confirmada por la DGT en varias consultas vinculantes como por ejemplo en la CV4141-15 de 28 de diciembre o en la CV0264-17 que se cita a continuación:

“En conclusión, tal y como establece el artículo 17.2 de la LIS, la capitalización de créditos se valorará en la entidad deudora, por el importe del aumento de capital desde el punto de vista mercantil.

Por tanto, si la entidad que recibe el crédito, realiza una ampliación de capital o fondos propios por el mismo importe de la deuda existentes, en los términos establecidos en la normativa mercantil, no integrará renta alguna en su base imponible con ocasión de esta operación, con independencia de que pudiera existir un ingreso desde el punto de vista contable.

De acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del artículo 17 de la LIS, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el importe del aumento de capital o fondos propios, en la proporción que le corresponda, y el valor fiscal del crédito capitalizado”.

5.3 APORTACIÓN DE SOCIOS – CUENTA 118 –.

Otra opción sería que SUI realizase una aportación de socios - cuenta 118 - a su filial Ñ6. Esta figura, creada por la fiscalidad y la contabilidad, se puede definir como el negocio jurídico por el cual el socio o los socios de una entidad realizan una aportación de bienes/derechos o dinero a los fondos propios de la misma sin una contraprestación. En este caso, es importante matizar que se trata de una aportación permanente y que sigue el principio de irrevocabilidad del Capital Social. Es decir, esta figura exige que la aportación sea a fondo perdido, sin que se pueda reintegrar, tal y como establece la Consulta Vinculante de la DGT N° 1878-16, en la que nos vamos a apoyar en este apartado.

Existen dos motivos fundamentales por los que el uso de esta cuenta se ha generalizado, el primero, que la modificación del Plan General Contable de 2017 ha diferenciado la cuenta 118 de la figura de la subvención, con la que se le había venido asimilando. El segundo motivo es el trato fiscal que recibe, que es, respecto de las ampliaciones de capital o del préstamo, bastante mas beneficioso.

Expuesto lo anterior, vamos a proceder a analizar la tributación de esta figura, y para ello nos vamos a apoyar, como ya hemos dicho anteriormente, en la CV1978-16 de 9 de mayo de 2016.

En ella, la DGT otorga un distinto tratamiento a la operación si ésta se realiza por un único socio o varios socios, pero no por todos, a si ésta se realiza a prorrata entre todos los socios de la entidad. Como en nuestro caso existe un único socio, SUI, vamos a centrarnos en el tratamiento que se le da a la aportación realizada entre todos los socios.

En este caso la aportación realizada por SUI guardaría proporcionalidad, por lo que se le aplicaría un tratamiento fiscal favorable que puede equipararse o al menos asimilarse al régimen especial de reestructuraciones, significando esto que se difiere la tributación de esta aportación con la condición de que se realice sin contraprestación.

i. Impuesto sobre sociedades

- a) En Ñ6, sociedad cesionaria o receptora, la aportación que recibe no va a tributar como un ingreso, ya que el artículo 10.3 LIS y el 36.2 del Código de Comercio excluyen de la cuenta de resultados los incrementos que se manifiesten en el patrimonio neto y que provengan de aportaciones de socios. Por otro lado, como la LIS no se pronuncia acerca de si esta aportación se ha de tener en cuenta a la hora de determinar la Base Imponible del impuesto, se entiende por tanto que tampoco se genera un rendimiento a efectos del IS. Así, Ñ6 cancelará el pasivo de 30 millones mediante la aportación de su socio SUI por ese mismo importe.
- b) En SUI, cedente o aportante, se producirá un aumento en el valor de sus participaciones en Ñ6 de 30 millones. Esto supone una renta para SUI por la diferencia entre el crédito que ostenta frente a Ñ6 (1 euro), que dará de baja, y el

aumento del valor de las participaciones (30 millones). Sin embargo, esta renta no va a tributar, sino que se va a diferir hasta que se transmitan las mismas. Es decir, realizará un ajuste negativo temporal que revertirá al vender las participaciones.

Cabe además añadir la particularidad de que para la aplicación del régimen del Capítulo VII, Título VII LIS, el régimen especial de las operaciones de reestructuración, se exija al sujeto pasivo probar la existencia de un motivo económico válido, mientras que para las aportaciones del 118 no se exige la concurrencia del mismo.

ii. ITPAJD

Esta operación se encuentra exenta en virtud del artículo 54.I.B 11) al tratarse de una aportación de socio que no conlleva un aumento de capital.

Antes de decantarnos por una u otra figura, es necesario hacer una distinción de la figura de la aportación de socios – cuenta 118 – y de la capitalización. Ambas son formas internas de financiación con destino a los fondos propios de la entidad, sin embargo, en la aportación de socios, al no haber ampliación de capital, no se concede al aportante más derechos económicos, ni se amplía el contenido de los políticos.⁴⁰ En este caso resulta indiferente, puesto que SUI ya ostenta el 100%, pero cuando nos encontramos en una entidad participada por numerosos socios, es una diferencia que se ha de tener en cuenta.

Por último, desde una perspectiva fiscal española, descartaría la condonación como forma de eliminar el derecho de crédito, puesto que es el único caso en el que se tributa en España (tributa la receptora) y nos encontramos en una situación en la que Ñ6 carece de liquidez para hacer frente a su deuda. No parece conveniente que por deshacerse de una deuda a la que no puede hacer frente, tenga que tributar por un ingreso de más de 29 millones de euros. Además, si con esta razón no fuese suficiente, hemos de tener en cuenta que el Impuesto sobre Sociedades español es de un 25% mientras que el suizo es del 8,5% (pudiendo variar ligeramente en los

⁴⁰ La interpretación contenida en estos párrafos se extrae del trabajo de Juan Enrique Ballester Colomer y Leticia Colomer. “Aportaciones sin aumento de capital. Una fisura en el sistema de las sociedades de capital”, Cuadernos de Derecho y Comercio, n°71, (2019).

distintos cantones), por lo que una tributación de 16 puntos menos resulta interesante desde el punto de vista del grupo familiar.

Por otro lado, entre la capitalización y la aportación de socios, me decantaría por esta última atendiendo a dos motivos. El primero, que la capitalización suele ser recomendable en caso de incumplimiento de pago o morosidad, ya que, como hemos mencionado con anterioridad, esta no puede llevarse a cabo hasta que la deuda no sea totalmente líquida y exigible. El segundo motivo, que, aunque la tributación al final va a ser la misma, el poder diferir el pago del impuesto hasta la venta de participaciones, es una clara ventaja de tesorería.

Por todo lo mencionado con anterioridad, mi recomendación es que para la cancelación del derecho de crédito de SUI, desde una perspectiva fiscal española, se realizase una aportación de socios.

6) DONACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN DE “DON A”, A SUS HIJOS “B” Y “C”.

Para valorar la tributación de la donación de la nuda propiedad de la participación de “don A” a sus hijos, hemos de acudir a la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), ya que nuestro hecho imponible se encuentra incluido en el artículo 3.1.b) LISD: “*la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, «intervivos»*”.

Sin embargo, hemos de recordar que el ISD es únicamente de aplicación para los donatarios, pero no para el donante, al no ser este sujeto pasivo del impuesto⁴¹. El donante tributará en IRPF por la ganancia patrimonial, que se calculará minorando al valor real de las participaciones a fecha de transmisión, el valor de adquisición.

Tributación de los hijos por ISD:

Antes de proceder al cálculo de este impuesto para cada uno de los hijos de don A, hay que tener presente que nos encontramos ante un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, tal y como se establece en el artículo 2 LISD.

Para determinar la base imponible, tomaremos el valor real de las participaciones, siendo este de 150 millones de euros. A este valor, según los artículos 16 y 17 LISD, se le podrán minorar las cargas y las deudas deducibles si las hubiera. Entendemos que no existen deudas y cargas deducibles aplicables en este caso, por lo que nuestra base imponible continúa siendo de 150 millones de euros.

Debemos comprobar si a nuestro caso concreto le es de aplicación alguna reducción. El artículo 20.6 LISD recoge una reducción del 95% para *los casos de transmisión de participaciones “ínter vivos”, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio*”. Esta reducción también viene contemplada por la Comunidad

⁴¹ Art.5.b) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

de Madrid, que es el lugar de residencia habitual de los donatarios y por tanto donde se entiende producido el rendimiento de la donación de acuerdo con el artículo 32.2.c) Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Esta reducción está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que a continuación vamos a exponer y a analizar:

- i. Que el donante tenga sesenta y cinco años o más, siendo la edad de don A en el momento de la donación sesenta y siete años.
- ii. Que si el donante viniese ejerciendo funciones de dirección cesase en las mismas y dejase de percibir retribución alguna por ello.

El caso nos dice que don A quiere seguir ejerciendo las funciones de dirección, sin embargo, si siguiese haciéndolo no podría aplicarse a la donación la reducción del 95%. Por ello, una solución podría ser que fuese nombrado consejero delegado del Consejo de Administración, ya que la propia LISD establece en este requisito que *“a estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad”*.

Las funciones de director general y consejero delegado son similares, encontrándose su principal diferencia en su estatus jurídico. El primero tiene una relación laboral con la sociedad, y ésta se define a través de un contrato de alta dirección. El consejero delegado guarda, sin embargo, una relación mercantil con la entidad, ya que es uno de los miembros del Consejo de Administración. Mediante el nombramiento de don A como consejero delegado, este seguiría ostentando ciertas facultades de gestión y representación dentro de la Sociedad, siempre que en los estatutos así se dispusiese.

- iii. El último requisito es el que hace referencia a los donatarios y consiste en que deberán mantener lo adquirido por donación durante los diez años siguientes a la fecha de escritura pública de la donación y tener derecho a aplicar la exención del artículo 4.

Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio durante este mismo período de tiempo.

Así pues, para poder determinar si resulta de aplicación la reducción del 20.6 LISD, hemos de analizar los requisitos exigidos por el 4. Ocho LIP para la aplicación de la exención en la nuda propiedad sobre participaciones en entidades. Este artículo establece los siguientes tres requisitos:

- i. Que no nos encontremos ante una entidad patrimonial, siendo esta aquella en la que más de su activo está constituido por valores o en que más de la mitad de su activo no esté afecto a una actividad económica.

En este caso, aunque el activo de la sociedad Ñ1 esté constituido en su totalidad por valores – participaciones de sus sociedades filiales- , estos no se computan a efectos de lo establecido en este artículo 4.8, puesto que en este mismo artículo se establece que no se computarán como valores aquellos *“que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en esta letra”*

La sociedad Ñ1 cuenta con el 100% de las participaciones, ostenta el control total de todas las sociedades filiales y por tanto cuenta con todos los derechos de voto. Además, Ñ1 es una sociedad holding que sí desarrolla una actividad económica, que es la de gestión del resto de entidades en las que participa. Por todo esto, consideramos que no estamos ante una sociedad de mera tenencia de valores – una sociedad patrimonial – y por tanto entendemos cumplido este primer requisito.

- ii. Que la participación del sujeto pasivo en el capital social de la entidad sea de al menos el 5% de forma individual o que ostente de forma conjunta junto con cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el segundo grado, al menos un 20%.

Este requisito se cumple tanto de forma individual, ya que cada uno de los hijos ostenta el 25%, como de forma conjunta, por lo que el análisis del cumplimiento de este requisito no suscita ningún problema.

- iii. Que el sujeto pasivo ejerza funciones de dirección en la entidad y perciba por ello una retribución que constituya al menos el 50% de la totalidad de sus rendimientos del trabajo, empresariales y profesionales.

Entendemos que C, al dedicarse exclusivamente al negocio familiar y percibir rendimientos por ello cumple este requisito. El otro hijo (B), sin embargo, es el que nos plantea problema, ya que es abogado y desarrolla su actividad profesional fuera del grupo familiar, por ello en él no se cumpliría este requisito. Sin embargo, el mismo artículo 4. Ocho establece que *“cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas personas a las que se refiere la letra anterior, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán de cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.”* Así, no es necesario que se cumpla en B, al ya quedar cumplido el requisito en una de las personas del grupo de parentesco, y ser de aplicación la exención para ambos.

Por todo lo dicho anteriormente, juzgamos cumplidos los requisitos para la aplicación de la exención del artículo 4. Ocho LIP y por tanto cumplidos también los del 20.6 LISD⁴² para aplicar la reducción del 95%.

Aplicando la reducción del 95% a la base imponible (75.000.000 cada hijo), obtendríamos una base liquidable de 3.750.000 de euros. A esta, le hemos de aplicar la tarifa del ISD para obtener la cuota íntegra.

La Comunidad de Madrid tiene aprobada tarifas propias⁴³, por lo que hemos de acudir a ellas en vez de aplicar la tarifa general del 21.2LISD para las Comunidades Autónomas que no tienen aprobada escala a efectos de este impuesto. En Madrid, a los primeros 798.817,20 euros de base

⁴² Siempre y cuando don A cesase en su cargo de dirección y fuese nombrado consejero delegado.

⁴³ Artículo 3 de la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas

imponible les corresponde una cuota íntegra de 199.604,23 euros. A lo restante (3.750.000 - 798.817,2) se le aplica el tipo impositivo de 34%. Así, la cuota íntegra es la suma de 1.003.402,152 euros (2.951.182,8 x 0,34) y 199.604,23 euros, siendo el total de 1.203.006,4 euros.

A esta cuota íntegra hemos de aplicarle el coeficiente multiplicador, pero para aplicarlo hemos de conocer el patrimonio preexistente de los sujetos pasivos, es decir de los donatarios. No conocemos a cuánto asciende el patrimonio previo a la donación de cada uno de los hijos, sin embargo, podemos afirmar con los datos aportados que, como mínimo cada hijo tiene un patrimonio de 75 millones de euros. Esto es así porque si las participaciones de don A tienen un valor de 150 millones de euros, los hijos, que tienen la mitad que su padre, tienen como mínimo un patrimonio de 75 millones de euros cada uno.

Esta conclusión es suficiente para afirmar que, con esta cifra y perteneciendo al grupo I y II del artículo 20 LISD, el coeficiente aplicable será el de 1,2, que es el aplicable a partir de los 4.021.000 de patrimonio preexistente. Así, la cuota tributaria será la cuota íntegra de 1.203.006,4 euros multiplicada por el coeficiente, siendo el resultado de 1.443.607,7 euros.

Por último, Madrid cuenta con una bonificación del 99% en el Impuesto sobre donaciones cuando la persona que recibe la donación pertenece a los grupos I y II de parentesco, y como este es el grupo de los hijos, la cantidad a pagar por cada hijo será el 1% de la cuota tributaria, es decir 14.436 euros. Así, por el total de la donación entre los dos pagarán 28.872 euros.

Tributación de don A en IRPF por Ganancia Patrimonial

Como ya hemos visto, los donatarios tributan por el ISD. Sin embargo, estos no son los únicos que habrán de pagar impuestos ya que como norma general los donantes también deberán tributar, aunque en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Esto es así porque al donar, se produce una alteración en el patrimonio del donatario, produciéndose así una supuesta “ganancia patrimonial”. Es decir, a efectos del IRPF una donación se asemeja a una compraventa, por lo que don A deberá, en un principio, tributar por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición: 150.000.000 euros, valor real de las participaciones, menos 100.000 euros, que fue el valor de adquisición en 1987.

Sin embargo, el artículo 33.3 LIRPF establece que se estimará que no existe ganancia patrimonial cuando se transmitan empresas o participaciones del 20.6 LISD. En este caso, y como ya ha sido analizado previamente, nos encontramos en la transmisión de participaciones incluidas en el ámbito del 20.6 LISD, por lo que don A no tributará en IRPF.

Por último, señalar que, en el caso de que esta donación tributase para don A en IRPF, habríamos de acudir a la disposición transitoria novena que regula el Régimen transitorio aplicable a las ganancias patrimoniales derivadas de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a 31 de diciembre de 1994, ya que la fecha de adquisición de las participaciones fue en 1987.

7) CONCLUSIONES

A lo largo de este informe se ha procedido a analizar la tributación de las distintas operaciones propuestas por el grupo familiar. Es necesario recalcar que todas las recomendaciones que se han realizado a “la Familia” tras el análisis de cada una de las posibles operaciones, han tenido como objetivo último que estas soporten la menor carga fiscal posible.

Además, es importante insistir en que todas las recomendaciones propuestas para conseguir el mencionado objetivo de ahorro fiscal, se han realizado dentro de la óptica de la llamada “economía de opción” que se define como *“la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras”*.⁴⁴

Así pues, la actuación de asesoría llevada a cabo ha ido encaminada en todo momento a la búsqueda al mayor ahorro fiscal posible para “la Familia”, aunque operando siempre dentro de los límites que marca la legalidad.

Por último, recordar que este informe es de uso privado y ha sido preparado para su uso exclusivo por “la Familia” y no debe ser utilizado para ninguna otra finalidad ni distribuido a terceras partes. Se declina expresamente cualquier tipo de responsabilidad entre terceras partes que no sean destinatarias de este informe y pudieran tener acceso al mismo.

Atentamente,

Beatriz Martínez de Bedoya

Socia- M&A Tax

Telf.: +34681079935

E-mail: beatrizmbj@afiscal.es

⁴⁴ Sentencia TC 46/2000, de 14 de febrero. (BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2000). Actuó como ponente Don Vicente Conde Martín de Hijas.

8) BIBLIOGRAFÍA

8.1 BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA

- Ballester Colomer, J.E. y Ballester Azpiarte, L.: “Aportaciones sin aumento de capital. Una fisura en el sistema de las sociedades de capital”, Cuadernos de Derecho y Comercio, nº71, 2019.
- López Pombo, D.: “Tratamiento fiscal de los beneficios fiscales derivados de quitas, esperas, conversiones y homologaciones”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº45, 2017.
- López- Santacruz Montes, J. A.: *Memento práctico: Impuesto sobre sociedades*, Francis Lefebvre, 2019.
- Martínez Paños, J. y López Pombo, D.: “Condonaciones de créditos intra grupo: régimen contable, jurídico y fiscal. Análisis de la doctrina del ICAC y de la Dirección General de Tributos”, Actualidad jurídica Uría Menéndez, 2014.

8.2 LEGISLACIÓN

- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- 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 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.
- Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
- Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.
- 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 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
- 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.
- Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

- 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.

8.3 JURISPRUDENCIA Y CONSULTAS VINCULANTES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2019 (Gran Sala), en los asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16.
- Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (sala Primera) de 8 de octubre de 2019. Rec. nº 2188/2017.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 1991, Polysar. Investments Netherlands, C-60/90, Rec. p. I-3111.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2000, Floridienne et Berginvest, C-142/99, Rec.p. I- I-9567.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2540/2016 de 1 de diciembre de 2016. Rec. nº 3810/2015.
- Sentencia de la Audiencia Nacional 3378/2006 de 18 de julio de 2006. Rec. nº 1110/2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3231/013 de 19 de junio de 2013, Rec. nº 4665/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo 6083/2013 de 28 de noviembre de 2013, Rec. nº 5623/2011.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 10 de noviembre de 2011; Asunto C-444/10 Christel Schriever.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), del 10 de noviembre de 2011, Caso Foggia- SGPS, (asunto C-126/10).
- Sentencia de la Audiencia Nacional 2152/2020 de 16 de julio de 2020. Rec. nº 128 /2017.
- Consulta Vinculante Nº 1366-06 de 5 de julio de 2016
- Consulta Vinculante Nº 2471-17 de 3 de octubre de 2017.
- Consulta Vinculante Nº 0203-15 de 20 de enero de 2015.
- Consulta Vinculante Nº 0603-19 de 21 de marzo de 2019.
- Consulta Vinculante Nº 2061-19 de 7 de octubre de 2019.
- Consulta Vinculante Nº 2932-16 de 23 de junio de 2016.
- Consulta Vinculante Nº 1907-17 de 18 de julio de 2017.
- Consulta Vinculante Nº 2301-05 de 14 de noviembre 2005.
- Consulta Vinculante Nº1586-06 de 24 de julio de 2016.
- Consulta Vinculante Nº V0856-13 de 19 de marzo de 2013.
- Consulta Vinculante Nº 0212-14 de 29 de enero de 2014.
- Consulta Vinculante Nº 1703-09, de 16 de julio de 2009.
- Consulta Vinculante Nº 4141-15 de 28 de diciembre 2015.
- Consulta Vinculante Nº0264-17 de 1 de febrero de 2017.
- Consulta Vinculante Nº1978-16 de 9 de mayo de 2016.
- Consulta 4 del BOICAC 79/2009 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.