



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Especialidad Derecho de la Tributación

AUTOR: ANA RUIZ DURÁN

Máster de Acceso a la Abogacía

Especialidad de Tributación

TUTOR: EVA MARTÍN DÍAZ

Madrid

Enero 2022

SUMARIO

| | |
|--|-----------|
| <i>PRIMERA CUESTIÓN. – Tributación de D. Abel en el Impuesto sobre el Patrimonio. ¿Sería más beneficioso mantener su situación actual o estructurar su grupo empresarial a través de una sociedad holding?</i> | 6 |
| PRIMERO: Tributación en el Impuesto sobre el Patrimonio manteniendo la estructura empresarial actual. | 6 |
| SEGUNDO: Tributación en el Impuesto sobre el Patrimonio sí el grupo se estructura a través de una sociedad holding. | 16 |
| <i>SEGUNDA CUESTIÓN. – Tributación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de la donación de participaciones a descendientes.</i> | 22 |
| PRIMERO: Donación de participaciones entre personas físicas. | 25 |
| SEGUNDO: Donación una vez constituida la sociedad holding. | 26 |
| TERCERO: Venta de participaciones. | 33 |
| <i>TERCERA CUESTIÓN. –</i> | 34 |
| PRIMERO: DONACIÓN DE INMUEBLES. | 35 |
| SEGUNDO: VENTA DE INMUEBLES. | 45 |
| TERCERO: SUCESIÓN. | 51 |
| CUARTO: PLANIFICACIÓN FISCAL SUCESORIA..... | 63 |
| <i>CUARTA CUESTIÓN. - Análisis de los gastos deducibles o exentos en IRPF del Director Financiero de la Sociedad D, correspondientes al ejercicio 2020.....</i> | 63 |
| <i>QUINTA CUESTIÓN. - Tributación del premio de Loterías y Apuestas del Estado. Importe que quedaría efectivo para realizar inversiones en la sociedad holding (ampliación de capital o concesión de un préstamo).</i> | 70 |
| <i>SEXTA CUESTIÓN. - Tributación por la adquisición de acciones de Repsol, una vez aportado el dinero a la sociedad holding. Confirmar quién sería el sujeto pasivo.</i> | 73 |
| <i>SÉPTIMA CUESTIÓN. - Tributación de la adquisición de una S.L. Posibilidad de formar un grupo de consolidación fiscal con posterioridad a la compra del 100 por 100 de las participaciones y qué sociedades pueden formar parte de éste.</i> | 75 |
| <i>OCTAVA CUESTIÓN. - Estructura de financiación recomendada para la sociedad holding (fondos propios o deuda) para adquirir el 100 por 100 del capital social de la S.L. Si se escogiese la financiación mediante deuda, posibles limitaciones a la deducibilidad de gastos financieros.</i> | 82 |
| <i>NOVENA CUESTIÓN. - Implicaciones fiscales en sede de la Sociedad D de los dividendos recibido de sociedades situadas en Estados Unidos e Italia. Tratamiento fiscal de la venta de la filial de Estados Unidos en 2023.....</i> | 86 |
| PRIMERO: Implicaciones fiscales en España de los dividendos recibidos..... | 88 |
| SEGUNDO: Tratamiento fiscal de la venta de la filial de Estados Unidos. | 94 |
| <i>DÉCIMA CUESTIÓN. - Efectos de realizar ventas entre compañías vinculadas a precios fuera de mercado. Posibilidad de acogerse al régimen de consolidación fiscal.</i> | 95 |

| | |
|---|------------|
| UNDÉCIMA CUESTIÓN. - Asumiendo que pueden consolidar fiscalmente y que la Sociedad D3 tiene bases imponibles previas, análisis de los posibles riesgos de que las operaciones no se realicen a valor de mercado. | 98 |
| DUODÉCIMA CUESTIÓN. - Implicaciones fiscales de la compraventa de varios inmuebles por parte de la Sociedad A y del préstamo con garantía hipotecaria, con la finalidad de destinar la vivienda y los dos aparcamientos al alquiler turístico. | 100 |
| DECIMOTERCERA CUESTIÓN. - Operación de fusión por absorción de la Sociedad D1 por la Sociedad D. | 103 |
| PRIMERO: Tributación de la fusión para la sociedad absorbente (Sociedad D) y para la absorbida (Sociedad D1) el día 31 de diciembre de 2020, pero sin acogerse al régimen especial. | 103 |
| SEGUNDO: Posibilidad de acogerse al régimen especial del Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS. | 107 |
| TERCERO: Efectos fiscales más significativos en el caso de que se hubiesen acogido al régimen especial en lugar del régimen general. | 110 |
| DECIMOCUARTA CUESTIÓN. - Asumiendo que las dos no forman parte del mismo grupo fiscal y que la entidad absorbente tiene bases imponibles negativas pendientes de compensar, analizar los posibles riesgos al optar por aplicar el régimen de neutralidad fiscal. Por otro lado, qué riesgos se producirían en el supuesto de que las autoridades fiscales cuestionasen los motivos económicos válidos en una hipotética inspección. | 114 |
| CONCLUSIONES | 119 |

En Madrid, a 10 de enero de 2022

**INFORME MEMORÁNDUM DIRIGIDO A D. ABEL Y DÑA. CRISTINA TRAS
LA REUNIÓN MANTENIDA EL DÍA 16 DE JUNIO DE 2021.**

De conformidad con las reuniones y conversaciones mantenidas, a continuación, les remitimos nuestro informe relativo al análisis de las distintas cuestiones planteadas en materia fiscal correspondiente a los ejercicios 2020 y 2021.

PRIMERA CUESTIÓN. – **Tributación de D. Abel en el Impuesto sobre el Patrimonio. ¿Sería más beneficioso mantener su situación actual o estructurar su grupo empresarial a través de una sociedad holding?**

PRIMERO: Tributación en el Impuesto sobre el Patrimonio manteniendo la estructura empresarial actual.

En primer lugar, como resultado de que el **régimen legal del matrimonio es ganancial, cada uno de los miembros podrá ser sujeto pasivo del impuesto por el 50 por 100 del valor de los bienes y derechos que sean comunes al matrimonio**, incrementándose con los posibles bienes privativos que cada uno de los miembros pueda tener.

Para ello, se aplicarán las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos propios del régimen económico del matrimonio. La titularidad de los bienes y derechos que correspondan al régimen económico matrimonial, y que sean comunes a ambos cónyuges, “se atribuirán por mitad a cada uno de ellos, salvo que se justifique otra cuota de participación”.

Con lo que respecta a D. Abel, pues desconocemos la ocupación laboral actual de Dña. Cristina, estaría sujeto al Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, IP), exclusivamente, por su patrimonio personal, como consecuencia de que éste es un impuesto que grava el

patrimonio de las personas físicas. Gravaría únicamente, al ser un impuesto directo, los **bienes y derechos de los que el sujeto pasivo es titular a 31 de diciembre de 2021**, como establece la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, Ley de IP). Se recoge así que el valor que constituirá la base imponible del impuesto dependerá tanto del valor de los bienes y derechos del contribuyente, como sus casas, valores, u otras propiedades.

A pesar de que las diferentes sociedades del grupo empresarial se incorporasen a una sociedad holding, D. Abel seguiría siendo titular de un determinado número de acciones o participaciones de la sociedad holding, aunque, en ese caso, poseería en conjunto el mismo valor nominal pero proveniente de una sola sociedad.

Por tanto, **deberá tributar por este Impuesto, con independencia de sí las sociedades del grupo se incorporan a un holding o no**, en el supuesto de que individualmente superase el umbral establecido por la Junta de Andalucía, pues **el matrimonio reside en Málaga**, pudiéndose **aplicar las bonificaciones y reducciones propias de la normativa andaluza**. Esto se debe a que, como consecuencia de la aplicación del artículo 25 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, el IP es un impuesto cedido a éstas por el Estado, por lo que **los sujetos pasivos tributarán en la Comunidad Autónoma en la que residan**.

La Junta de Andalucía ha venido estableciendo que deben tributar los sujetos pasivos cuya cuota tributaria, una vez minoradas las deducciones y bonificaciones, le resulte a ingresar o cuando el valor de sus bienes y derechos supere los 2 millones euros (la base liquidable es la resultante de la base imponible menos el mínimo exento de 700.000 euros).

Todo esto se fundamenta en el artículo único, segundo, del Real Decreto-Ley 13/2011, de 16 de septiembre, el cual restableció temporalmente el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio tras haberse suprimido en el ámbito estatal, fijándose un mínimo exento de 700.000 euros.

Teniendo en cuenta que sí operación se llevaría a cabo en 2021, se debe considerar la Disposición Derogatoria Primera de la Ley 11/2020, la cual deroga el precepto antes señalado y atribuye vigencia indefinida, a partir del 1 de enero de 2021, a la normativa que establecía ese mínimo exento de 700.000 euros.

En el caso de que estuviese exento de pago, **seguiría teniendo la obligación de realizar la declaración**, a los meros efectos informativos, porque seguiría estando sujeto al impuesto, aunque exento.

Por tanto, quedando a la espera de información adicional sobre su patrimonio personal, cabrían dos escenarios o posibilidades:

1. Que, habiendo analizado su información personal y datos fiscales, su cuota tributaria resulte a ingresar o el valor de sus bienes y derechos supere los 2 millones de euros.
2. Que, por otro lado, su patrimonio no exceda de los límites para que se comenzase a gravar. En este caso, estaría sujeto, pero con una cuota tributaria igual a 0.

En cuanto a la **valoración de las participaciones** que posee en las distintas sociedades, sin que exista holding alguno, hemos elaborado una tabla para mostrar estas valoraciones:

| | Propiedad de Abel | Propiedad de Cristina | TOTAL |
|--------------------------|--------------------------|------------------------------|--------------|
| <i>Sociedad A, S.L.</i> | 50,00% | 50,00% | 100% |
| <i>Sociedad AI, S.L.</i> | 10,00% | 10,00% | 20% |
| <i>Sociedad B, S.A.</i> | 40,00% | 40,00% | 80% |
| <i>Sociedad C, S.L.</i> | 50,00% | 50,00% | 100% |
| <i>Sociedad CI, S.L.</i> | 50,00% | 50,00% | 100% |
| <i>Sociedad C2, S.L.</i> | 50,00% | 50,00% | 100% |
| <i>Sociedad D, S.L.</i> | 45,00% | 45,00% | 90% |

| | | | |
|--------------------------|--------|--------|------|
| <i>Sociedad D1, S.L.</i> | 50,00% | 50,00% | 100% |
| <i>Sociedad D2, S.L.</i> | 45,00% | 45,00% | 90% |
| <i>Sociedad D3, S.L.</i> | 37,50% | 37,50% | 75% |

(*) *Valores reales de las compañías. El coste de constitución o adquisición de las misma es el importe mínimo que la Ley de Sociedades de Capital exige para su constitución.*

Como se puede observar, hemos tenido en cuenta que el **régimen económico del matrimonio es una sociedad de gananciales**, por lo que **a cada cónyuge le corresponde el 50 por 100** de la propiedad de todos los activos, debiendo elaborar cada uno la declaración de IP de forma individual, incluyendo únicamente las participaciones de las que cada uno es titular.

Desconociendo el resto de bienes y derechos de su titularidad, **aplicaríamos las siguientes reglas para valorar las acciones o participaciones**, pertenecientes al capital social o fondos propios de entidades jurídicas, según:

- Sean negociadas en mercados organizados: las acciones o participaciones se computarán por su **valor de negociación media en el 4º trimestre de cada año**.
- Sean no negociadas en mercados organizados: se computarán según el **valor teórico resultante del último balance aportado**, siempre que haya sido sometido a auditoría y su informe sea favorable. Sí no fuese auditado o el informe no fuese favorable, la valoración se realizará por el mayor del valor nominal, por el valor teórico resultante del último balance aprobado o por el valor resultante de capitalizar al tipo del 20 por 100 el promedio de los beneficios de la entidad en los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo.

En este caso, asumimos que las acciones y participaciones no estarían sujetas a negociación en mercados organizados, por lo que tendríamos en cuenta el valor teórico de estas obtenido del último balance aportado.

A pesar de todo ello, es necesario apuntar **la posible exención aplicable a las participaciones de una persona física en una sociedad en el Impuesto sobre el Patrimonio**, dentro del ámbito estatal, según lo dispuesto en el artículo 4. Ocho. Dos. A) de la Ley de IP. Para ello, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) **La entidad debe realizar una actividad económica**, es decir, la sociedad no puede tener como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

Esto ocurre cuando, **durante más de noventa días del ejercicio social, más de la mitad del activo de una sociedad esté constituido por valores o no se encuentre afecto al desarrollo de actividades empresariales.**

Para determinar sí se cumple el requisito de actividad económica, se excluyen del cómputo como valores aquellas participaciones que otorguen, al menos, un 5 por 100 de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

- b) **El contribuyente debe tener, al menos, una participación mínima del 5 por 100 individualmente o del 20 por 100 conjuntamente** con su cónyuge, ascendientes, descendientes, o colaterales de segundo grado.
- c) El contribuyente debe **ejercer efectivamente funciones de dirección.**
- d) El contribuyente debe recibir una **remuneración que represente más del 50 por 100 de sus rendimientos del trabajo o de actividades económicas.**

En este sentido, la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) recogió, en la consulta vinculante V0174-19, de 28 de enero de 2019, el acceso a la exención de las

participaciones en el IP cuando se cumplan los requisitos recogidos en el precepto antes mencionado.

Asimismo, dicha consulta analiza el artículo 6 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio. Dicho precepto aplica un **porcentaje a la exención** que alcanzará al valor de las participaciones, aplicándose para ello las reglas de valoración del artículo 16. Uno de la Ley de IP. De sí forma, **las participaciones se valorarán “en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad”**.

Volviendo a lo anterior, la valoración se realizará utilizando el valor teórico obtenido del último balance aprobado cuando haya sido objeto de una auditoría de cuentas. En caso contrario, se cogerá el mayor de los siguientes valores: “el valor nominal, el valor teórico resultante del último balance aprobado o el que resulte de capitalizar al tipo de 12,5 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del Impuesto”.

La mencionada consulta termina señalando que, cuando la composición del balance de las sociedades operativas cambiase, se utilizará “el último balance aprobado” dentro del plazo legal para la autoliquidación del IP, con el objeto de determinar sí las participaciones en la sociedad están exentas en IP.

En este sentido, la Ley del IP dispone en el artículo 4. Ocho. Dos. A) que “tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que ésta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad”.

Por tanto, una vez desarrollados los requisitos que se deberán cumplir para aplicar la exención del IP, con el fin de poder aplicarla, vamos a proceder a analizar de forma concreta, precisa y ordenada sí se cumplen estos requisitos del artículo 4. Ocho. Dos:

- a) **La entidad realiza una actividad económica.** Es decir, la sociedad no tiene como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se cumple este requisito.
- b) **D. Abel cumple el requisito de titularidad,** pues es titular de, al menos, una participación mínima del 5 por 100 individualmente o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge Dña. Cristina. Es más, como hemos podido observar anteriormente en la tabla sobre el valor de las participaciones, teniendo en cuenta la sociedad de gananciales, este requisito se cumple tanto individual como colectivamente.
- c) **D. Abel ejerce efectivamente funciones de dirección.**

A este respecto, D. Abel tiene la consideración de gestor de las sociedades, además de su consideración como socio mayoritario de todas ellas.

En relación con la **acreditación del ejercicio de funciones directivas**, éstas podrían desempeñarse tanto por miembros del consejo de la sociedad como por personal directivo de alta dirección. De sí forma, es indiferente el modo en el que se hagan efectivas dichas funciones, siendo irrelevante la denominación del cargo o el vínculo existente con la sociedad. Esto se recoge en el desarrollo reglamentario de la Ley de IP, en el artículo 5.1. del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, el cual establece que se “considerarán funciones de dirección, que deberán acreditarse de forma fehaciente mediante el correspondiente contrato o nombramiento, los cargos de Presidente, Director General, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa”.

Sin embargo, en los últimos años ha existido un debate jurisprudencial respecto a las incompatibilidades existentes entre un contrato laboral de alta dirección y un vínculo de naturaleza mercantil.

En este sentido, la consulta vinculante V0817-17 desarrolla la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008, la cual establece que las personas que integran los órganos de administración tienen un vínculo de naturaleza societaria mercantil con la referida entidad, y no de carácter laboral. En una relación laboral de personal de alta dirección debe concurrir la condición de ajenidad como nota característica de un contrato de trabajo. Por el contrario, sí característica no aparece en la relación jurídica de los miembros del consejo de administración, estableciéndose la imposibilidad para ellos de “acudir al contrato de alta dirección”.

En resumen, la Administración y la Jurisprudencia vienen exigiendo que el contrato de la persona que ejerce estas funciones directivas, en este caso D. Abel, debe ser de Alta Dirección, derivado de la incompatibilidad entre la condición de directivo con contrato laboral de alta dirección con la de miembro del Consejo de Administración a través de un vínculo de naturaleza mercantil.

A pesar de todo esto, siguiendo la perspectiva del IP, la referida consulta dispone que las funciones directivas pueden ser desempeñadas tanto por miembros del Consejo de Administración como por personal de alta dirección. **Únicamente será necesario que concurren los requisitos materiales para aplicar la exención fiscal** (funciones directivas y remuneraciones), **siendo irrelevante el modo en el que se desempeñen dichas funciones de forma efectiva, con independencia de la denominación del cargo y del vínculo que exista contra la entidad.**

Como consecuencia de esto último, la DGT ha venido estableciendo que, sí se produjese una donación de participaciones, con posterioridad a ésta, el donante puede seguir manteniendo funciones directivas en las sociedades filiales del grupo holding, bajo la condición de miembro del Consejo de Administración, pero sin llegar a percibir remuneración.

Asimismo, cuando la participación sea conjunta con una persona que sea su cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el segundo grado, **los requisitos sobre las funciones de dirección y las remuneraciones recibidas deberán cumplirse únicamente en alguna de las personas de ese grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas puedan tener derecho a la exención.** Así lo ha expuesto la DGT en la [consulta vinculante V0174-19](#).

En este sentido, en su caso particular, sería indiferente que su cónyuge no cumpliera este requisito, al ser la sociedad de gananciales la propietaria de las participaciones. Es decir, en todo caso, tanto D. Abel como Dña. Cristina cumplirían este requisito para aplicar la exención.

d) D. Abel debe recibir una remuneración por las funciones directivas ejercidas que represente más del 50 por 100 de sus rendimientos del trabajo o de actividades económicas.

Con respecto a sí **configuración retributiva**, derivado de su consideración como alto directivo, D. Abel recibe rentas derivadas de su trabajo, las cuales tributan en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) como rendimientos del trabajo. Por ello, se le aplicaría el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Derivado de la información facilitada, D. Abel recibe las siguientes retribuciones con carácter anual en calidad de gestor de algunas sociedades:

- De la Sociedad A percibe 200.000;
- De la Sociedad B, 20.000 euros;
- De la Sociedad C, 10.000 euros;
- De la Sociedad D, 180.000 euros.

Teniendo en cuenta que actualmente percibe 410.000 euros anuales en concepto de retribuciones derivadas de su trabajo como gestor de las mencionadas entidades operativas, para poder acceder a la exención, el 50 por 100 de esos rendimientos del trabajo anuales deberán proceder únicamente de una de las sociedades.

A pesar de que la entidad de la que más retribuciones percibe es la Sociedad A (200.000 € anuales), sí remuneración no alcanza ni representa más del 50 por 100 de los rendimientos del trabajo que recibe D. Abel.

Por tanto, como el 50 por 100 de 410.000 euros son 205.000 euros, **D. Abel no cumpliría este último requisito para poder aplicar la exención de IP.**

Además, en los supuestos de participación en varias entidades, como en este supuesto, no se podrán incluir los rendimientos derivados de las funciones de dirección en otras actividades, con el fin de determinar el porcentaje que representa la remuneración por las funciones de dirección ejercidas en cada entidad respecto de la totalidad de los rendimientos del trabajo. Así se recoge en el artículo 5.2 del Real Decreto 1704/1999, el cual desarrolla reglamentariamente la Ley de IP.

Por último, como hemos mencionado anteriormente en la [consulta vinculante V0174-19](#) y en [V0817-17](#), cuando la participación sea conjunta con su cónyuge, los requisitos sobre las funciones de dirección y las remuneraciones deberán cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que los dos cónyuges tengan acceso a la exención.

En conclusión, la Ley del IP prevé la exención al gravamen en este impuesto por las participaciones en entidades cuando se cumplan los requisitos legalmente establecidos. Dado que D. Abel no cumple el requisito sobre remuneración y, por ello, tampoco lo cumple su cónyuge, **ninguno de ellos estaría exento del pago de IP por la parte de las participaciones que tuviese en las distintas sociedades operativas.**

Por tanto, ambos tributarían por la titularidad de estos derechos en su declaración anual de IP, sin derecho a ninguna exención.

De todo lo anterior se desprende que **sí que habría que proponer algún tipo de modificación en el sistema retributivo** de forma tal que D. Abel cumpla el requisito para poder tener derecho a la exención en IP.

SEGUNDO: Tributación en el Impuesto sobre el Patrimonio sí el grupo se estructura a través de una sociedad holding.

Con respecto a la posible modificación de la estructura del grupo empresarial mediante la incorporación de una sociedad holding, la cual se caracteriza por tener en su activo participaciones mayoritarias en otras entidades, la propiedad de las acciones o participaciones de las sociedades operativas estarían en manos de la mencionada sociedad holding. Es decir, **la propiedad pasaría de estar en manos de una persona física a una persona jurídica**, que sería la holding.

Sin embargo, la propiedad de las acciones o participaciones de la sociedad holding podría estar en manos de una persona física o jurídica. **Asumiendo que un porcentaje de la propiedad de la holding lo ostentase D. Abel, seguiría estando sujeto al Impuesto sobre el Patrimonio como persona física** titular de esas acciones o participaciones.

En particular, en el supuesto de que se decidiese a constituir una sociedad holding, habría que analizar si la estructura societaria encabezada por la entidad holding permitiría la aplicación de la exención en IP. Para ello, la sociedad holding deberá cumplir todos los requisitos ya señalados del artículo 4. Ocho. Dos. A) de la Ley de IP para que tenga derecho a la exención. En este sentido, vamos a ir analizando cada uno de los requisitos con el fin de estudiar si se cumplen:

- a) La entidad holding debería estar **afecta a actividades económicas**. Es decir, dicha sociedad no puede tener como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

Las **participaciones en otras entidades** pueden tener sí consideración cuando esos elementos patrimoniales se consideren “necesarios” para la obtención de los respectivos rendimientos, con el fin de concluir en una sociedad holding que, tanto las participadas como todas las subsiguientes que formen la cadena de sociedades, son necesarias para su actividad debido a que su tenencia constituye una manifestación de su objeto social.

Es en este momento dónde hay que tener especial cuidado con la denominada **“patrimonialidad sobrevenida”** en **sociedades holding que acumulan tesorería o activos financieros** no afectos a la actividad por diversos motivos.

Como hemos analizado previamente, en la llamada patrimonialidad sobrevenida sí acumulación de tesorería o activos financieros deben constituir, al menos, el 50 por 100 de los activos no afectos a la actividad durante más de noventa días del ejercicio social. Es decir, más de la mitad del activo de la entidad no sí afecto a una actividad económica.

Entre esos elementos patrimoniales no se podrán encontrar los depósitos líquidos en cuentas bancarias porque tendrán la consideración de “no afectos a la actividad económica” a la hora de determinar sí la entidad se considera o no gestora de un patrimonio. Esto se debe a que la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, Ley del IS) recoge que “únicamente no computa como activo no afecto la tesorería o derechos de créditos procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas que se hayan generado durante los últimos dos años”.

Sin embargo, el legislador ha tratado de impedir este efecto a través del artículo 4. Ocho. Dos. A). 2º de la Ley del IP. En este sentido, se prevé como excepción a sí regla que, **para determinar qué parte del activo sí constituido por valores o elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas, no se computarán** “aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos procedentes de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos diez años anteriores”.

Por ello, para determinar los beneficios acumulados de la entidad y aplicar la excepción prevista, **no se tendrá en cuenta la tesorería a la hora de considerar estos activos** como no afectos. De sí forma, en el supuesto de que la sociedad holding decida transmitir alguna de las participadas y reciba tesorería como contraprestación, esa situación de exceso de liquidez podría suponer un riesgo para la aplicación de la exención, pues podría dejar de cumplir los requisitos para

acceder y aplicar la exención o, en cambio, podría ver minorado el importe de la exención.

En cambio, tras varias sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en 2017, a través de consultas vinculantes como V1240-17 y V0322-20, la DGT continuó con la interpretación que llevaba defendiendo durante numerosos años. De sí forma, la DGT **equipara las rentas procedentes de la transmisión de las participaciones a los dividendos procedentes de actividades económicas**, sin poderse computar ninguno de ellos con la calificación de activos no afectos, “a efectos de determinar si la entidad tiene o no por actividad principal la gestión de un patrimonio”. Esto se debe a la consideración de que dichas rentas representan de manera indirecta los dividendos susceptibles de ser distribuidos en el presente o en el futuro por la entidad participada.

En este sentido, “la similitud económica que pueda existir con el producto de la transmisión de las participaciones de las que derivan tales dividendos ... lleva a la conclusión de que el repetido importe de la enajenación **no se excluiría del cómputo**”.

Asimismo, el artículo 4. Ocho.Dos.a).1º de la Ley de IP también **asimila los dividendos recibidos de las sociedades en la que la sociedad holding tenga participaciones a los beneficios procedentes de la actividad económica mediante dividendos**, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la sociedad holding posea, como mínimo, el 5 por 100 del capital y de los derechos de voto, con el fin de dirigir y gestionar esa participación.
2. Que esos dividendos procedan, al menos, del 90 por 100 de los ingresos obtenidos por la entidad participada en la realización de actividades económicas.
3. Que la sociedad holding posea la suficiente organización de medios materiales y personales.

En conclusión, si se cumplen estos requisitos, **la entidad podrá no computar como valores ni elementos no afectos** a actividades económicas aquellos activos cuyo precio de adquisición no supere el importe de las rentas derivadas de la transmisión de sus participaciones ni el importe de los beneficios no distribuidos,

siempre que se hayan obtenido en el propio año o en los últimos diez años anteriores.

Por ello, la DGT estableció en la consulta vinculante V0143-19 de 21 de enero de 2019 que **no se tendrán en cuenta determinados valores y elementos patrimoniales**, “a los efectos exclusivos de determinar sí la entidad gestiona o no un patrimonio mobiliario o inmobiliario y, en concreto, para determinar la parte del activo que sí constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos”. Entre ellos se encontrarían aquellos cuyo precio de adquisición no exceda del importe de los beneficios no distribuidos de la entidad, entre los que no se encontrarían, como hemos mencionado, los depósitos líquidos en cuentas bancarias. Estos últimos, se considerarán no afectos para la consideración o no de la entidad como gestora de un patrimonio.

Por tanto, se crea una presunción “iuris et de iure” de que, sí el empresario no reparte beneficios a través de dividendos, es debido a que están afectos, entendiéndose que en algún momento se invertirán en elementos necesarios para el desarrollo de su actividad. Una vez hayan transcurrido diez años desde que se generaron dichos beneficios que no han sido repartidos, es cuando el legislador presume que esos recursos no se van a reinvertir.

En definitiva, y con el fin de concluir y resumir todo lo mencionado, **únicamente la parte del valor de la sociedad que se corresponda con activos afectos a las actividades económicas podrá computarse como exenta, por lo que el resto del valor de las participaciones seguirá estando gravado por el impuesto**, configurándose como una limitación del alcance de la exención.

- b) D. Abel debería ser titular de, al menos, una participación mínima en el holding del 5 por 100 individualmente o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge.

La constitución de una sociedad holding también **cumpliría este requisito** debido a que **D. Abel sería el titular del 100 por 100 de las participaciones** sobre dicha entidad.

Asimismo, se debe incluir la participación directa e indirecta que posee la sociedad holding en otras sociedades. Es decir, como ocurre en este caso particular, en el que las entidades participadas tienen, a su vez, participaciones en otras sociedades operativas.

c) D. Abel debe **ejercer efectivamente funciones de dirección.**

La acreditación del ejercicio de funciones directivas ha sido analizada de manera detallada en el anterior supuesto, en el que se mantenía la estructura societaria en el que D. Abel era titular de participaciones en diferentes sociedades operativas. En este sentido, únicamente será necesario que concurren los requisitos materiales para aplicar la exención fiscal en IP, siendo irrelevante el modo en el que se desempeñen dichas funciones de forma efectiva, con independencia de la denominación del cargo y del vínculo que exista contra la entidad.

Por ello, **en el supuesto de que D. Abel siguiese manteniendo su condición de gestor de la sociedad holding**, además de su condición de socio, **seguiría cumpliendo este requisito sobre el ejercicio efectivo de funciones de dirección.**

Por otro lado, cuando la participación sea conjunta con una persona que sea su cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el segundo grado, los requisitos sobre las funciones de dirección y las remuneraciones recibidas deberán cumplirse únicamente en alguna de las personas de ese grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas puedan tener derecho a la exención. Así se ha expuesto en las consultas vinculantes V0174-19 y V0817-17.

Así, en su caso particular, sería indiferente que su cónyuge no cumpliera este requisito, al ser la sociedad de gananciales la propietaria de las participaciones. Es decir, en todo caso, **tanto D. Abel como Dña. Cristina cumplirían este requisito para aplicar la exención.**

d) D. Abel debe recibir una remuneración por las funciones directivas que ejerce que represente más del 50 por 100 de sus rendimientos del trabajo o de actividades económicas.

Con respecto a la nueva **configuración retributiva**, derivada de su condición de gestor de la sociedad holding constituida, se desprende que recibirá una única remuneración por parte de ésta.

Es más, se podría asumir que, con la nueva configuración, recibiría una retribución de 410.000 euros anuales, siendo el pagador una única sociedad. **Al constituir sí remuneración el 100 por 100 de sus rendimientos del trabajo, se cumpliría este requisito para poder acceder a la exención de las participaciones en IP.**

Por tanto, en contraposición a la estructura societaria anterior formada por sociedades operativas, cuyas remuneraciones no alcanzaban ninguna el 50 por 100 mínimo necesario sobre el total de sus rendimientos del trabajo, **la nueva estructura societaria formada por una sociedad holding sí permite cumplir este requisito para aplicar la exención en IP.**

Por último, como hemos mencionado anteriormente, cuando la participación sea conjunta con su cónyuge, los requisitos sobre las funciones de dirección y las remuneraciones deberán cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que los dos cónyuges tengan acceso a la exención.

En consecuencia, la Ley del IP prevé la exención a la tributación en este Impuesto por las participaciones en entidades sí se cumplen los requisitos legalmente establecidos. Debido a que **D. Abel, en este caso, sí cumple el último requisito sobre remuneración y, por ello, también lo cumple su cónyuge, ambos estarían exentos del pago de IP por la parte de las participaciones de las que fuese titular en la sociedad holding.**

Por tanto, **ambos cónyuges tendrían derecho a practicar la exención, no siendo necesaria una modificación en la actual configuración retributiva** de D. Abel.

Siguiendo con este análisis, teniendo ambos derecho a la exención en IP sobre las participaciones en la holding, **cada sociedad participada obtendría un porcentaje de esa exención**, aplicándose sobre el valor por el que la holding contabiliza dichas participaciones. Por ello, las participaciones de las que sea titular en la sociedad holding tendrán derecho a aplicar la exención a este impuesto sobre sus participaciones en las

entidades operativas, atendiendo a las estructuras societarias manejadas por la holding. De sí forma, **se alcanzaría el porcentaje definitivo de exención del holding.**

En este sentido, con el fin de poder aplicar la exención del IP, será necesario realizar un análisis preciso y exhaustivo sobre la composición de los balances y las cuentas de resultados de todas las entidades para poder determinar el porcentaje del valor de la sociedad holding que efectivamente se encuentra exento del impuesto. Esto se debe a que las sociedades holding deberán cumplir unos requisitos más precisos frente al resto de entidades para poder aplicar la exención.

Por todo ello, a pesar de las posibles aplicaciones de bonificaciones o exenciones, cada uno de los miembros del matrimonio deberá presentar individual y electrónicamente su declaración de IP del año 2021, en el plazo comprendido entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2022, por considerárseles sujeto pasivo, aunque finalmente estén exentos sobre estas participaciones.

SEGUNDA CUESTIÓN. – Tributación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de la donación de participaciones a descendientes.

En primer lugar, es necesario señalar que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, ISD) es un impuesto estatal regulado en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Ley de ISD), pero cedido a las distintas Comunidades Autónomas.

Por tanto, se aplicará **la normativa de ISD del lugar donde resida el donatario o favorecido**, es decir, de la persona que recibe la donación. Por regla general, se aplicará la legislación del lugar donde resida el donatario, por lo que se aplicará la normativa del lugar donde residan fiscalmente cada uno de los hijos que recibe las participaciones. En concreto, se deberá autoliquidar donaciones a través del modelo 651 de cada Comunidad Autónoma.

Con el objeto de determinar la deuda tributaria de este impuesto, se utilizará el valor o coste de adquisición de las participaciones para obtener la base liquidable. Para obtenerlo, se aplicarán las reglas recogidas en el artículo 16 de la Ley de IP para **valorar las**

participaciones, ante la ausencia de un balance auditado, escogiéndose el mayor valor de entre los siguientes:

1. El valor nominal.
2. El valor teórico del último balance aprobado.
3. El valor que resulte de capitalizar al tipo del 20 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados antes del devengo del Impuesto.

En este sentido, la Sentencia número 2974/2017 del Tribunal Supremo, de 12 de julio, dispone que, “al no establecer la Ley del Impuesto sobre Sucesiones de reglas de valoración concretas cuando se trata de acciones y participaciones sociales”, se pueden aplicar las reglas valorativas del artículo 16 de la Ley del IP.

A continuación, se deberán tener en cuenta ciertos aspectos personales que variarán la cuota. De sí forma, se deberá tener presente la clasificación por Grupos en función del grado de parentesco entre el donante y el donatario, así como el patrimonio del donatario previo a la donación. Esto se traduce en lo siguiente:

- Juan reside en Madrid, por lo que se aplicará la normativa madrileña para las donaciones.
- Paloma y Blanca residen en Granada y Málaga respectivamente. Como la única que recibiría participaciones sería Blanca, deberá aplicarse la normativa andaluza.
- Pedro reside también en Granada y también se aplicaría la legislación andaluza. A pesar de que podría tener derecho a una reducción mayor por la minusvalía que tiene reconocida, no existe dicha reducción mayor aplicable a Donaciones.

En virtud de su relación de parentesco con el donante, todos ellos estarán en el **Grupo II**, por su calidad de descendientes.

A la hora de tener en cuenta el **patrimonio preexistente** en el ISD para una donación, este se valorará conforme a las reglas del IP. Se deberá excluir el valor de los bienes y derechos que se hayan recibido con anterioridad por parte del mismo donante, en el caso de acumulación de donaciones, y por cuya adquisición se hubiese satisfecho el Impuesto. Para calcularlo, se valorará cada elemento patrimonial, debiéndose incluir todo el patrimonio, incluso aquello que pudiese resultar exento conforme a la Ley de IP. Aunque en el ámbito de la declaración de IP estén exentos determinados elementos patrimoniales, como sería la exención a las participaciones en sociedades, esto no significa que dichos

elementos dejen de formar parte del patrimonio preexistente del donatario y que deban ser valorados separadamente con arreglo a la ley del IP. Esto implica que, en función del patrimonio preexistente antes de recibir una donación, la tributación en ISD aumentará de forma progresiva cuanto mayor sea ese patrimonio.

Por tanto, a raíz de la información facilitada, **el patrimonio preexistente de Juan, Blanca y Pedro no supera los 200.000 euros**. De sí forma, el coeficiente multiplicador que se le aplicará a la cuota íntegra será de 1,000 por pertenecer todos los donatarios al Grupo II de parentesco.

En cuanto a los posibles beneficios fiscales que serían aplicables, como consecuencia de que D. Abel tiene más de 65 años, la donación a sus hijos de participaciones en una empresa familiar presenta numerosas ventajas fiscales, siempre que haya accedido a la jubilación.

Los donatarios podrán aplicar una reducción del 95 por 100 sobre la base liquidable del ISD, en virtud del artículo 20.6 de la Ley de ISD. Este porcentaje podrá alcanzar el 99 por 100 en el caso de donaciones a descendientes en algunas comunidades autónomas como en Andalucía. Para ello, será necesario que **las participaciones transmitidas estén exentas en IP, así como cumplir los requisitos del artículo 20.6 de LISD**.

En primer lugar, se deben cumplir los **requisitos de la Ley de IP** del artículo 4. Ocho. Dos para acceder a la exención en IP por las participaciones en entidades. Estos son:

1. Las diferentes entidades deben realizar una actividad económica;
2. Se debe poseer una participación mínima del 5 por 100 o del 20 por 100 de forma conjunta con otro miembro de la familia;
3. Se deben ejercer funciones de dirección;
4. Y, por último, se debe recibir una remuneración que represente más del 50 por 100 de sus rendimientos del trabajo o de actividades económicas.

En este sentido, **el donante debe cumplir todos estos requisitos**, es decir, tener derecho a aplicar sí exención en IP. Cualquier miembro del grupo familiar puede cumplir con el requisito del ejercicio de funciones de dirección, aunque no sea socio de la sociedad, para que sea viable mantener la propiedad de las acciones y dejar de ejercer funciones de dirección sin perder los beneficios fiscales del régimen de empresa familiar.

PRIMERO: Donación de participaciones entre personas físicas.

En primer lugar, analizaremos la **tributación en ISD**. Siguiendo la conclusión que hemos alcanzado al analizar la aplicación de la exención en IP sobre las participaciones de las que D. Abel es titular en diversas sociedades operativas, en el supuesto de que decidiese donar esas participaciones a sus hijos Juan, Blanca y Pedro, tampoco cumplirían todos los requisitos para la aplicación de la exención del IP. En concreto, no cumpliría el requisito de remuneración recogido en el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley de IP.

Tras un análisis detallado y conciso, teniendo en cuenta que D. Abel percibe actualmente 410.000 euros anuales en concepto de retribuciones derivadas de su trabajo como gestor de diferentes entidades operativas, el 50 por 100 de esos rendimientos del trabajo anuales deberán proceder únicamente de una de las sociedades para poder acceder a la exención.

En cambio, el 50 por 100 de 410.000 euros son 205.000 euros, por lo que **D. Abel no cumpliría el requisito sobre remuneraciones**, con el fin de poder aplicar esa exención.

Como el requisito sobre las remuneraciones no se cumple, **no se cumplen todos los requisitos para la aplicación de la exención y, en consecuencia, tampoco se podrá aplicar la reducción del artículo 20.6 de LISD**. Esto se debe a que este precepto de la Ley de ISD dispone, como presupuesto para aplicar la reducción del ISD, que el donante haya tenido derecho a aplicar la mencionada exención en IP. Por tanto, habría que modificar la configuración retributiva de D. Abel para que tenga acceso a la exención en IP y, posteriormente, sus descendientes se puedan aplicar la reducción en ISD.

En relación con el **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas** (en adelante, IRPF), debemos analizar la posible tributación desde dos perspectivas.

Con respecto a los donatarios, no estarán sujetos a IRPF porque el artículo 6.4 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, Ley de IRPF) recoge que las operaciones sujetas a ISD no estarán sujetas a IRPF. Por tanto, **los donatarios no están sujetos a IRPF por la transmisión**.

Por otro lado, con respecto al donante, la letra c) del artículo 33.3 de la Ley de IRPF prevé que no existirá ganancia o pérdida patrimonial cuando se produzca una transmisión “inter

vivos” de empresas o participaciones de las que se refiere el artículo 20.6 de la Ley de ISD. Así se dispone también en las consultas vinculantes V1553-19 y V0126-17.

Por ello, cuando se cumplan los requisitos de ese artículo, independientemente de que el donatario se aplique o no la mencionada reducción sobre donaciones de participaciones de sociedades, **para el donante no existirá ganancia o pérdida patrimonial en IRPF en ningún caso**. Sí normativa estatal prevalece sobre otros requisitos que pretenda establecer la normativa de cualquier Comunidad Autónoma.

En conclusión, el donante no deberá tributar en IRPF por el aumento de valor de las participaciones donadas. En consecuencia, **tanto D. Abel como sus hijos no sufrirían ningún coste fiscal en materia de IRPF** con sí operación de donación.

SEGUNDO: Donación una vez constituida la sociedad holding.

En el supuesto de que decida donar las participaciones una vez haya constituido la sociedad holding, los donatarios se podrían beneficiar o no en materia fiscal de las reducciones previstas en materia del ISD en función de dos supuestos. Cabría plantearse sí la donación la sigue realizando D. Abel en calidad de persona física, donante de las participaciones de las que es titular en la holding; o sí, por el contrario, la sociedad holding realiza la donación a través de la transmisión de participaciones que posee en el resto de sociedades operativas.

PRIMERA OPCIÓN.

En primer lugar, en relación con la posibilidad de aplicación de la reducción prevista para el **Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones**, en el caso de que sea D. Abel quién done las participaciones de las que es titular en la holding, los donatarios podrían aplicar dicha reducción para los supuestos de donación de participaciones, como consecuencia de la aplicación de la exención en IP.

Como hemos analizado previamente, cuando D. Abel sea titular de participaciones de una sociedad holding, podrá tener acceso a la exención de éstas en IP. Para ello, tendrá que cumplir todos los requisitos previstos en el artículo 4. Ocho. Dos de la Ley de IP. Una vez se cumplan estos requisitos, habrá posibilidad de aplicar la reducción prevista en ISD.

De sí manera, a raíz del análisis elaborado, **se cumplen todos los requisitos de la Ley de IP**, recogidos en el artículo 4. Ocho. Dos, **para acceder a la exención en IP**. Entre ellos, se cumple el requisito sobre remuneración, que el que ha sido objeto de duda.

Sin embargo, gracias a la nueva configuración retributiva, sí duda desaparece. Esto se debe a que, como consecuencia de su condición de gestor de la sociedad holding, D. Abel recibirá una única remuneración, pudiéndose asumir que recibiría una retribución de 410.000 euros anuales, cuyo único pagador será la entidad holding. **Al constituir sí remuneración el 100 por 100 de sus rendimientos del trabajo, se cumpliría este requisito para poder acceder a la exención de las participaciones en IP.**

Por tanto, a diferencia de la estructura societaria anterior formada por sociedades operativas, cuyas remuneraciones no alcanzaban ninguna el 50 por 100 mínimo necesario sobre el total de sus rendimientos del trabajo de D. Abel, la nueva estructura societaria formada por una sociedad holding sí permite cumplir este requisito.

Así, como resultado del cumplimiento de todos los requisitos del IP y en virtud del **artículo 20.6 de la Ley de ISD**, los donatarios podrán aplicarse una **reducción estatal del 95 por 100 en ISD** sobre el valor de adquisición de las participaciones recibidas a través de una transmisión “inter vivos” en Madrid o en Andalucía, debido a que también cumplen todos los requisitos necesarios para su aplicación. Estos son:

- 1) El **donante debe haber cumplido 65 años**.
- 2) A partir del momento de la donación, el donante debe **dejar de ejercer cualquier función de dirección en la empresa**, así como **dejar de recibir remuneraciones** por ello. Es decir, como hemos mencionado anteriormente, debe haber accedido a la **jubilación**.

No obstante, sí podrá formar parte del Consejo de Administración como consecuencia de que la DGT ha venido estableciendo que, con posterioridad a la donación, el donante puede seguir manteniendo funciones directivas en las sociedades filiales del grupo holding, bajo la condición de miembro del Consejo de Administración, pero sin llegar a percibir remuneración.

- 3) Por último, se exige que el donatario **mantenga en su poder las participaciones por un periodo mínimo de diez años** desde la transmisión.

Partiendo de este último requisito, la normativa estatal y las diversas autonómicas han establecido un periodo de permanencia mínimo en el que las participaciones tienen que estar en el poder del donatario, con el fin de mantenerlas para preservar e incentivar la sucesión de las empresas familiares. De aquí se derivan dos cuestiones: por un lado, el acceso a la exención y el alcance de la exención.

En este sentido, **Andalucía** prevé en el artículo 30 del Decreto Legislativo 1/2018, de 19 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, una mejora sobre la reducción estatal de la base imponible por la donación de participaciones en entidades. Así, el **periodo mínimo de tiempo de mantenimiento de las participaciones** en poder del donatario desde la transmisión es de **cinco años**, en lugar de los diez que prevé la normativa estatal. Asimismo, cuando el donatario pertenezca al Grupo I o II, este requisito de mantenimiento **se reducirá a tres años**, como en este caso concreto.

En cambio, en **Madrid** el donatario deberá mantener las participaciones durante un periodo mínimo de tiempo de **cinco años**, siendo una mejora respecto a la reducción estatal pero no disminuyendo tanto como en Andalucía.

Durante cualquiera de los plazos establecidos, para poder mantener el derecho a la exención, las participaciones deberán seguir cumpliendo los requisitos necesarios para disfrutar de la exención. Así lo ha establecido la consulta vinculante V0322-20, la cual ha aplicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (como en la STS 3801/1991, de 2 de julio).

Como la Ley de ISD no recoge reglas para el cómputo de plazos, la misma consulta vinculante dispone que, para ello, se aplicará el artículo 7 de la Ley General Tributaria, a través del cual “el donatario tendrá derecho a la exención en el IP en cada uno de los devengos que se produzcan dentro del plazo de los diez años siguientes a la escritura pública de donación”. Se aplicará sí regla también para los plazos mejorados por alguna normativa autonómica.

En consecuencia, sí la donación se elevase a escritura pública el 1 de septiembre de 2021, el plazo de tres años para Blanca y Pedro finalizará el 1 de septiembre de 2024. Por otro lado, el periodo de cinco años aplicable a Juan finalizará el 1 de septiembre de 2026.

Sí hay activos no afectos, la exención del IP y la reducción en el ISD únicamente será aplicable sobre la parte del valor de la sociedad correspondiente a los activos afectos.

Adicionalmente, algunas normativas autonómicas han regulado **mejoras sobre las reducciones estatales**.

En este sentido, **Andalucía** prevé una mejora sobre la reducción estatal en el mismo artículo 30 del Decreto Legislativo 1/2018 que ya habíamos analizado. Así, se incrementa el porcentaje de **reducción al 99 por 100** sobre el valor de adquisición de las participaciones recibidas, mientras que la reducción estatal era del 95 por 100.

Madrid, en contraposición, no ha mejorado la reducción estatal, por lo que se seguiría aplicando una **reducción del 95 por 100** sobre el valor de adquisición de las participaciones recibidas.

Por otro lado, como se ha mencionado previamente, algunas normativas autonómicas prevén bonificaciones distintas a las estatales. De sí forma, la **legislación andaluza antes** mencionada prevé, en su artículo 33 ter., una **bonificación del 99 por 100** sobre la cuota tributaria para las adquisiciones “inter vivos”. Para ello, las entidades cuyas participaciones se donan deben tener su domicilio fiscal o social, como en este caso, en territorio andaluz.

Asimismo, **en la Comunidad de Madrid** se ha establecido una **bonificación del 99 por 100** sobre la cuota tributaria, en virtud del artículo 25. 2, 1º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado. Sí bonificación se aplicará de forma general para las adquisiciones en las que el donatario sea, entre otros, descendiente del donante.

Por último, tanto la legislación andaluza como la madrileña establecen la necesidad de que la transmisión se formalice en documento público. Esto implicará la sujeción al **Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados** (en adelante, ITP-AJD), **en la modalidad de AJD**, como consecuencia de que, entre los

requisitos para la aplicación de la reducción de ISD, se exige que la donación se realice en documento público, lo cual sí sujeto. El tipo de gravamen para documentos notariales realizados en Andalucía sería de 1,5 por 100 y de 0,75 por 100 en Madrid.

De sí forma, **los donatarios podrían aplicar una bonificación del 99 por 100 en ISD.** Por tanto, a modo de resumen, los donatarios tendrían derecho a lo siguiente:

- A Juan se le aplica la normativa de la Comunidad de Madrid, aplicándose una bonificación del 99 por 100 sobre la cuota resultante, debiendo mantener las participaciones durante los cinco años siguientes a la donación de éstas.
- Blanca tendrá derecho a una bonificación del 99 por 100 de la cuota tributaria resultante, debiendo mantener durante 3 años las participaciones adquiridas a través de sí donación.
- Pedro podrá aplicar también la bonificación del 99 por 100 de la cuota tributaria, debiendo mantener, asimismo, durante 3 años las participaciones adquiridas. Además, aunque para las sucesiones tendría derecho a una reducción mayor con respecto al resto de donatarios, derivado de la minusvalía del 33 por 100 que tiene reconocida, en el caso de las donaciones no se prevé una reducción mayor.

En conclusión, en ambas Comunidades Autónomas, **los donatarios únicamente deberán ingresar el 1 por 100 de la cuota tributaria.** Ese será el **coste fiscal** de la donación.

SEGUNDA OPCIÓN.

Por otra parte, en el supuesto de que la sociedad holding sea la que realice la donación de participaciones de las diferentes sociedades operativas a Juan, Blanca y Pedro, se deberán seguir cumpliendo los requisitos para poder seguir aplicando la llamada “reducción de empresa familiar” en **ISD**.

Teniendo en cuenta que sería necesario que el donante tuviese más de 65 años, así como que dejase de ejercer funciones directivas y de recibir remuneraciones por el ejercicio de esas funciones, estos requisitos previstos en el artículo 20.6 de la Ley de ISD no se podrán cumplir para aplicar la reducción. Esto se debe a que dichos requisitos presuponen que el donante es una persona física o empresario que dona las participaciones de la empresa familiar de las que es titular, por lo que no se prevé que el donante sea una persona jurídica como una sociedad holding.

En conclusión, para la aplicación de la reducción es necesario que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 20.6 de la Ley de ISD. Como esto no ocurre, **no se podrá aplicar la reducción del 99 por 100 en este impuesto** sobre la base imponible a la adquisición de las participaciones a través de una donación.

Con respecto a **la cuestión planteada sobre**, en el supuesto en el que se constituyese la sociedad holding, **sí resultaría más eficiente que los hijos entrasen en el capital de la holding o en el capital de las sociedades operativas**, lo analizaremos a continuación:

Una vez analizado todo lo anterior, resulta evidente que, a efectos de ISD, **es más eficiente para Juan, Pedro y Blanca entrar en el capital de la sociedad holding** porque D. Abel les podría donar directamente las participaciones de las que él es titular. De sí forma, se podrían aplicar la reducción del 99 por 100 en ese impuesto por la adquisición de las participaciones donadas.

En contraposición, sí entrasen en el capital de las sociedades operativas, no tendrían derecho a aplicar la mencionada reducción. En este caso, el coste fiscal final de la donación sería mucho más elevado que en el anterior supuesto.

Por tanto, el coste fiscal de la primera donación sería del 1 por 100 sobre ésta. En cambio, al entrar en el capital de las sociedades operativas tributarían al 100 por 100.

Al analizar la **tributación de las ganancias**, se nos plantean también dos opciones:

PRIMERA OPCIÓN.

Al igual que en la consulta vinculante previamente mencionada V0126-17¹, en la cual se analiza un supuesto parecido al actual, **el donante tendría derecho a la exención en**

¹ En esta consulta existe un padre, mayor de 65 años y jubilado, que es el propietario mayoritario de una sociedad holding, de la que no cobra por ningún concepto. Pretende donar a sus hijos el 50 por 100 de sus participaciones en dicha entidad. Uno de los hijos es, además, partícipe y consejero delegado de la entidad.

IRPF sobre las posibles ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de las participaciones de las que es titular en la sociedad holding.

Sí exención en IRPF se prevé, como hemos detallado anteriormente, en el artículo 33. 3. C) de la Ley de IRPF. Para ello:

- Se deberán cumplir los requisitos para la exención en IP de las participaciones en la sociedad holding;
- La aplicación de esa exención se constituye como condición necesaria para la concesión de la reducción en ISD, prevista en el artículo 20.6 de la Ley de ISD;
- Se deberán cumplir los requisitos específicamente aplicables al donatario.

SEGUNDA OPCIÓN.

Aquí, sin embargo, el donante ya no tributaría la posible ganancia o pérdida patrimonial en IRPF, sino que lo haría en el **Impuesto sobre Sociedades** (en adelante, IS). En este sentido, la plusvalía derivada de las donaciones de participaciones de sociedades en las que se aplique la reducción de ISD estaría **sujeto a IS**.

Las donaciones de participaciones realizadas por una persona jurídica se constituyen como una transmisión a título lucrativo. En términos contables, la entidad donante deberá dar de baja las participaciones transmitidas por su valor neto contable. En cambio, fiscalmente, las participaciones transmitidas se valoran a efectos de IS por su valor de mercado, integrándose en la base imponible la diferencia entre ese valor de mercado y su valor fiscal.

Por tanto, como resultado de las diferencias entre contabilidad y fiscalidad sobre la valoración, se practicarán ajustes extracontables, pues podría tener la consideración de gasto no deducible.

Por último, en ambos casos, entre los requisitos para la aplicación de la reducción en ISD, se exige que la donación se realice en documento público, lo cual sí sujeto a **ITP-AJD, en la modalidad de AJD**. El tipo de gravamen para documentos notariales realizados en Andalucía será de 1,5 por 100 y de 0,7 por 100 en Madrid.

TERCERO: Venta de participaciones.

A diferencia de la donación que, en su caso, tiene un coste del 1 por 100 desde el punto de vista fiscal sí cumple los requisitos de la reducción, la venta de las participaciones estaría sujeta a un impuesto u otro en función de:

- 1) **Sí el que realiza la venta de las participaciones es D. Abel**, actuando como persona física, la venta **estaría sujeta a ITP-AJD**, en la modalidad de **Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO)**, **pero exenta** en virtud del artículo 108.1 de la Ley 24/1998 de Mercado de Valores. Este precepto considera que la transmisión de participaciones de sociedades limitadas son valores no sometidos a negociación, pero que, en todo caso, estarán exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) e ITP-AJD. Esto significaría que no pagaría nada por su venta.

En cambio, **la ganancia o pérdida patrimonial derivada de la venta de las participaciones sí tributaría en IRPF**, pues aquí no estarían exentas. Los tipos aplicables varían en función de la cantidad resultante de ganancia patrimonial, entre el 19 por 100 y el 26 por 100 para el año 2021, los cuales pueden aumentar en algunas comunidades autónomas.

- 2) En cambio, **sí la venta de las participaciones la realiza la sociedad holding**, **estaría sujeta a IVA** porque el sujeto pasivo sería una persona jurídica, **pero también estaría exenta** en virtud del mismo artículo 108.1 de la Ley de Mercado de Valores. Este precepto considera que la transmisión de participaciones de sociedades limitadas son valores no sometidos a negociación, pero que, en todo caso, estarán exentos de IVA e ITP-AJD.

Sin embargo, la plusvalía generada por la diferencia entre el precio de adquisición y el de transmisión **sí estaría sujeto a IS**, tributando al 25 por 100.

Por otro lado, es necesario mencionar que la **Ley de IS** establece la tributación de una empresa que vende participaciones de otra, obteniendo un beneficio por ello, con el fin de incentivar la inversión en otras empresas. Se prevé así una **exención sobre la renta obtenida de la transmisión de participaciones**. Para ello, el porcentaje de participación en el capital o en los fondos propios de la entidad debe ser, como mínimo, del 5 por 100

o, en su lugar, el valor de adquisición de la participación debe ser superior a 20 millones de euros. Además, la participación correspondiente se deberá poseer de forma ininterrumpida durante el año previo al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya, siendo necesario que la entidad transmitida no tenga la consideración de empresa patrimonial.

Por todo ello, al tener en cuenta los impuestos directos de IS e IRPF, el coste fiscal de una posible donación o de una venta, en los específicos territorios de Madrid y Andalucía, **resulta más beneficiosa la donación que la venta de las participaciones.**

TERCERA CUESTIÓN. – Transmisión de inmuebles el día 1 de septiembre de 2021.

En relación con una posible transmisión de dos bienes inmuebles, situados en Málaga y Madrid, se nos ha propuesto analizar tres posibles situaciones.

A continuación, se muestra la información suministrada sobre los inmuebles que serán objeto de transmisión:

| Fecha | Valor | Inmueble Málaga |
|------------------|--|------------------------|
| <i>16-jun-10</i> | <i>Adquisición</i> | 100.000,00 € |
| <i>2013</i> | <i>Valor revisado tras Comprobación de Valores</i> | 132.202,00 € |
| <i>1-sept-21</i> | <i>Valor Catastral (VC)</i> | 145.000,00 € |
| <i>1-sept-21</i> | <i>VC construcción</i> | 100.000,00 € |
| <i>1-sept-21</i> | <i>Valor real</i> | 350.000,00 € |

| Fecha | Valor | Inmueble Madrid |
|------------------|-----------------------------|------------------------|
| <i>20-dic-15</i> | <i>Adquisición</i> | 580.000,00 € |
| <i>20-dic-15</i> | <i>Valor reforma</i> | 50.000,00 € |
| <i>1-sept-21</i> | <i>Valor Catastral (VC)</i> | 450.182,00 € |
| <i>1-sept-21</i> | <i>VC construcción</i> | 380.158,00 € |
| <i>1-sept-21</i> | <i>Valor mercado</i> | 820.000,00 € |

PRIMERO: DONACIÓN DE INMUEBLES.

En primer lugar, es necesario mencionar que la donación de bienes inmuebles es una operación con varias particularidades, diferenciándose del resto de donaciones. Por ello, es requisito esencial que la donación de los inmuebles **se formalice en escritura pública para que se haga efectiva**. Posteriormente, el documento público deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

Los donatarios, Juan y Blanca, estarán sujetos al **Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones** por la transmisión de dichos inmuebles, **aplicándose la normativa del lugar dónde esté situado el inmueble**. En este caso, habrá que distinguir entre el inmueble situado en Málaga y el situado en Madrid, aplicando la legislación de cada lugar. En concreto, deberán autoliquidar donaciones a través del modelo 651.

A continuación, se muestra la información suministrada sobre los inmuebles que serán objeto de donación:

| A. BIENES INMUEBLES DE NATURALEZA URBANA | | | | | |
|--|--------------|-----------------------|-------------|---------------|-----------------------|
| Nº | LOCALIZACIÓN | GANANCIAL O PRIVATIVO | DESCRIPCIÓN | % TITULARIDAD | VALORACIÓN |
| 1 | Málaga | GANANCIAL | VIVIENDA | 50,00% | 350.000,00 € |
| 2 | Madrid | GANANCIAL | VIVIENDA | 50,00% | 820.000,00 € |
| TOTAL BIENES | | | | | 1.170.000,00 € |

| | |
|--|---------------------|
| VALOR DE LOS BIENES DE NATURALEZA GANANCIAL | 585.000,00 € |
|--|---------------------|

| | |
|--|---------------|
| VALOR DE LOS BIENES DE NATURALEZA PRIVATIVA | 0,00 € |
|--|---------------|

No hay bienes privativos

| | |
|---|-----------------------|
| VALOR TOTAL DE LOS BIENES Y DERECHOS | 1.170.000,00 € |
|---|-----------------------|

Por otro lado, es fundamental la relación de parentesco entre los donantes y los donatarios, así como el patrimonio preexistente de quién recibe la donación. En función de eso, cuanto más lejana sea la relación y cuanto mayor patrimonio tenga, aumentará la cantidad

a pagar. Por tanto, como hemos señalado anteriormente, ambos pertenecen al Grupo II de parentesco por lo que, como consecuencia de que su patrimonio preexistente no supera los 200.000 euros, se les aplicará un coeficiente multiplicador de 1,000.

Con el fin de obtener la base imponible del ISD, hay que analizar la normativa aplicable hasta y después del 1 de enero de 2022, día en el que entra en vigor un nuevo método de valoración como resultado de la publicación de la Ley 11/2021, de 9 de julio de 2021, de Medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016.

De sí forma, la base imponible del impuesto se calculará por el valor neto de los bienes adquiridos, una vez reducidas las cargas y deudas deducibles, en virtud del artículo 9 de la Ley de ISD. El devengo del Impuesto se produjo el 1 de septiembre de 2021 ya que en esa fecha tuvo lugar la transmisión *inter vivos* de los inmuebles. Por tanto, como el devengo de ISD se produjo antes de que la norma que modifica la valoración de los inmuebles comenzase a producir efectos, los sujetos pasivos de ISD deberán **tributar por el valor real de los bienes adquiridos a fecha 1 de septiembre de 2021**.

En cuanto a la normativa aplicable, debemos mencionar que en Andalucía será la Ley 5/2021, de 20 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los hechos imponibles realizados a partir del próximo 1 de enero de 2022. En cambio, en este caso, como el hecho imponible tuvo lugar el 1 de septiembre de 2021, se seguirá aplicando el Decreto Legislativo 1/2018, de 19 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos. En este sentido, el hecho imponible es la adquisición de bienes y derechos por donación, siendo los sujetos pasivos los donatarios en las transmisiones “inter vivos”.

En consecuencia, el valor que cogeremos para calcular la **base imponible** del impuesto, sobre el que se aplicará posteriormente el tipo de gravamen que proceda, será el **valor real** o valor de mercado de cada inmueble.

Asimismo, el artículo 20.1 de la Ley de ISD prevé que las normativas autonómicas puedan establecer reducciones a la base imponible. Sin embargo, no existen reducciones

que se puedan aplicar en estos dos supuestos, pues todas las reducciones que se recogen para inmuebles son relacionadas con la donación de vivienda habitual, no resultando de aplicación en este caso.

Por ello, habrá que aplicar el tipo de gravamen previsto en cada normativa autonómica a la base liquidable, con el fin de obtener la cuota íntegra del impuesto. En concreto, la tarifa aplicable en la comunidad autónoma de Andalucía se establece en el artículo 33 del Decreto Legislativo 1/2018. En cambio, en la Comunidad de Madrid se prevé en el artículo 3.3 de la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, en desarrollo del artículo 21 de la Ley de ISD. Posteriormente, se aplicarán las bonificaciones fiscales previstas en ambas normativas.

En este sentido, **la bonificación fiscal que se podría aplicar Blanca en Madrid es del 99 por 100** de la donación recibida². Para el cálculo de sí bonificación habrá que tener en cuenta que cada uno de los miembros del matrimonio donará a cada uno de sus hijos un 50 por 100 de la propiedad de dichos inmuebles. De sí manera, en cualquier caso, el valor del 50 por 100 del inmueble transmitido a Blanca por cualquiera de sus progenitores le permitirá tener derecho a la bonificación del 99 por 100 sobre el valor total, es decir, el 100 por 100 de la propiedad del inmueble.

Asimismo, **la bonificación fiscal que se podría aplicar Juan en Andalucía es del 99 por 100** sobre la cuota tributaria, por lo que el coste fiscal de la donación será de un 1 por 100 sobre el 50 por 100 del valor del inmueble por cada progenitor, como consecuencia de que el donatario es hijo de los donantes. Por tanto, al final obtendrá el 100 por 100 de la propiedad del inmueble.

Habrà que tener en cuenta que el valor de los inmuebles donados no supere lo que les correspondería recibir en virtud de sucesión mediante la legítima.

El plazo de presentación de sí liquidación es de treinta días hábiles desde el día en que se realice la donación. En su defecto, se encontrarán expuestos a sanciones, recargos e intereses de demora que implicarían un alto coste económico.

² En cambio, si donasen una cantidad en metálico que se destinase a la adquisición de la vivienda habitual de su hija Blanca, tendría derecho a una bonificación del 100 por 100, siempre que cuando la donación recibida no supere los 250.000 euros. Por ello, seguiría teniendo derecho a una bonificación del 99 por 100.

En consecuencia, a continuación, se muestra tanto la liquidación de ISD de Juan en Andalucía como la de Blanca en Madrid:

| <i>Juan (Málaga)</i> | | <i>Blanca (Madrid)</i> | |
|--|---------------------|--|---------------------|
| Valor real de los bienes y derechos | 350.000,00 € | Valor real de los bienes y derechos | 820.000,00 € |
| Deudas y cargas deducibles | 0,00 € | Deudas y cargas deducibles | 0,00 € |
| BASE IMPONIBLE | 350.000,00 € | BASE IMPONIBLE | 820.000,00 € |
| Reducción por parentesco | 0,00 € | Reducción por parentesco | 0,00 € |
| Reducción por vivienda habitual | 0,00 € | Reducción por vivienda habitual | 0,00 € |
| BASE LIQUIDABLE | 350.000,00 € | BASE LIQUIDABLE | 820.000,00 € |
| BASE LIQUIDABLE TEÓRICA | 0,00 € | BASE LIQUIDABLE TEÓRICA | 0,00 € |
| Tarifa del ISD: | | Tarifa del ISD: | |
| Hasta 239.389,13 | 40.011,04 | Hasta 798.817,20 | 199.604,23 |
| Resto 110.610,87 € | 28.205,77 | Resto 21.182,80 | 7.202,15 |
| Cuota Íntegra | 68.216,81 | Cuota Íntegra | 206.806,38 |
| Coefficiente Multiplicador | 1.00 | Coefficiente Multiplicador | 1.00 |
| CUOTA TRIBUTARIA TEÓRICA | 0,00 € | CUOTA TRIBUTARIA TEÓRICA | 0,00 € |
| Tipo medio efectivo de gravamen | - | Tipo medio efectivo de gravamen | - |
| CUOTA TRIBUTARIA | 68.216,81 € | CUOTA TRIBUTARIA | 206.806,38 € |
| Bonificación 99% | 67.534,64 € | Bonificación 99% | 204.738,32 € |
| CUOTA TRIBUTARIA | 682,17 € | CUOTA TRIBUTARIA | 2.068,06 € |
| TOTAL CUOTAS ISD | | 2.750,23 € | |

Debemos mencionar que no se aplica el tipo medio efectivo de gravamen porque este se utilizaría en el supuesto en el que no se aplicase el caso general. Es decir, cuando la base

liquidable teórica se determine en base a una adquisición de la nuda propiedad, una acumulación donaciones o una donación de varios inmuebles en un mismo documento, se utilizará el tipo medio efectivo de gravamen para obtener la cuota íntegra teórica.

Adicionalmente, **los donatarios, Juan y Blanca**, deberán abonar la cuota correspondiente a la **plusvalía municipal o Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana** (en adelante, IIVTNU), como sujetos pasivos de este impuesto cuando se produce una transmisión lucrativa de inmuebles. **Sin embargo, recientemente, la sentencia número 182/2021 de 26 de octubre de 2021 del Tribunal Constitucional sentó como inconstitucional el cálculo de dicha plusvalía**, declarando inconstitucional el artículo 104 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

El Tribunal Constitucional estableció la inaplicación de la plusvalía, por lo que sí después de pagarla, cualquier contribuyente la recurre o solicita su revisión, podría tener derecho a la devolución de lo abonado. Sin embargo, los efectos de sí sentencia no se podrán aplicar retroactivamente. Es decir, no se podrá reclamar la plusvalía municipal cuando haya adquirido firmeza antes del 26 de octubre de 2021. Tampoco podrán recurrirse las liquidaciones provisionales o definitivas de la plusvalía que no hayan sido impugnadas antes de la fecha en la que se dictó la sentencia que declara inconstitucional la forma de calcular este impuesto. En este sentido, el resultado de esto es que, en este caso particular, no se podría recurrir ni recibir la devolución de esos ingresos indebidos.

Por todo ello, **sí la fecha de transmisión de los dos inmuebles es el 1 de septiembre de 2021, dicha operación seguirá sujeta a la plusvalía municipal**, pues la obligación de pagar este impuesto se extiende a un plazo de 30 días desde la transmisión. Esto implica que, en la fecha en la que se dictó dicha sentencia, Juan y Blanca ya deberían haber abonado la cuota correspondiente a este impuesto. Para ello, el valor catastral del momento de la transmisión debió haber sido superior al del momento de la adquisición de cada inmueble, lo cual supone que ha existido una plusvalía.

En contraposición a lo anterior, el Gobierno aprobó, sin efectos retroactivos, la entrada en vigor el día 10 de noviembre de 2021 del Real Decreto-Ley 26/202, de 8 de noviembre,

por el que se aprueba un nuevo sistema de cálculo para la plusvalía municipal³, a través del cual se pagará este impuesto exclusivamente cuando haya obtenido una ganancia por la transmisión de un inmueble. Por el contrario, sí se acreditase que los donatarios no han obtenido una ganancia patrimonial, quedarán exentos de pagar el impuesto.

Teniendo en cuenta la aplicación del anterior sistema de cálculo para la transmisión efectuada a los donatarios Juan y Blanca, estando vigente la anterior normativa que se declaró inconstitucional, sí efectivamente se ha producido una plusvalía, se utilizará el valor catastral del suelo en el momento de la transmisión para el cálculo de la base imponible. En este sentido, es necesario mencionar que, con respecto al inmueble de Madrid, el valor de la reforma incrementará el valor de adquisición de este inmueble, como determina la consulta vinculante V2996-18. Asimismo, **los sujetos pasivos de este Impuesto serán los donatarios Juan y Blanca**, que son quienes adquieren los inmuebles, como consecuencia de la transmisión lucrativa de estos.

Este impuesto también se tiene que abonar, por tanto, en los treinta días hábiles siguientes desde que se realiza la donación y, como la transmisión se realizó el 1 de septiembre de 2021, en el momento en el que se dictó la sentencia del TC este impuesto ya debería estar liquidado y abonado.

Por todo ello, a continuación, se muestra tanto la declaración de IIVTNU que ya tendrían que haber liquidado tanto Juan en el ayuntamiento de Málaga como Blanca en el ayuntamiento de Madrid:

| MÁLAGA | |
|----------------------|----------|
| Descripción | VIVIENDA |
| Localidad | MÁLAGA |
| Fecha de Adquisición | 16/6/10 |

| MADRID | |
|----------------------|----------|
| Descripción | VIVIENDA |
| Localidad | MADRID |
| Fecha de Adquisición | 20/12/15 |

³ Mediante la introducción de un nuevo sistema de cálculo, los contribuyentes podrán utilizar un sistema de cálculo objetivo (el cual se realiza multiplicando el valor catastral del suelo por unos coeficientes que aprueba cada ayuntamiento) y otro sobre la ganancia real (diferencia entre el precio de venta y el de adquisición). Para los valores de transmisión y de adquisición se tomará el mayor de entre el que conste en el título que documente la transmisión o adquisición, o, en su caso, el valor comprobado por la Administración Tributaria. Cuando acreditasen que el importe obtenido mediante el cálculo de la plusvalía real es inferior al cálculo de la plusvalía objetiva, se podrá aplicar la real.

| | |
|---------------------------|-------------------|
| Fecha de Transmisión | 01/09/2021 |
| Valor Catastral del Suelo | 45.000,00 € |
| Porción transmitida | 100,00% |
| Valor transmitido | 45.000,00 € |
| Periodo de tenencia | 11 |
| Porcentaje del incremento | 35,20% |
| Base parcial | 15.840,00 € |
| Tipo de gravamen | 29% |
| Cuota íntegra | 4.593,60 € |
| Total | 4.593,60 € |

| | |
|---------------------------|-------------------|
| Fecha de Transmisión | 01/09/2021 |
| Valor Catastral del Suelo | 70.024,00 € |
| Porción transmitida | 100,00% |
| Valor transmitido | 70.024,00 € |
| Periodo de tenencia | 5 |
| Porcentaje del incremento | 2,00% |
| Base parcial | 7.002,40 € |
| Tipo de gravamen | 29% |
| Cuota íntegra | 2.030,70 € |
| Total | 2.030,70 € |

| | |
|-------------------------------------|-------------------|
| TOTAL PLUSVALÍAS MUNICIPALES | 6.624,30 € |
|-------------------------------------|-------------------|

La base imponible de la plusvalía se calcula aplicando un determinado porcentaje de incremento al valor catastral del suelo, que se obtiene de la diferencia entre el valor catastral y el valor catastral de construcción. Este porcentaje de incremento varía en función de los años de tenencia del inmueble, pero deberán ser años completos, y dependerá del municipio en el que se halle el inmueble. Por ello, en el inmueble de Madrid son cinco años, en lugar de seis, pues se transmite antes de que se cumplan esos seis años de tenencia. En particular, el porcentaje de incremento de Madrid es anual, por lo que deberá multiplicarse por los cinco años, a diferencia de Málaga que es el porcentaje de incremento aplicable a esos once años de tenencia. Una vez obtenida la base imponible, se aplicará el tipo de gravamen para obtener la cuota, que sería la cantidad a pagar.

En consecuencia, los dos hermanos deberán abonar 6.624,30 euros en total. En concreto, Juan deberá pagar 4.593,60 euros en concepto de la transmisión del inmueble que recibe a través de una donación. Por su parte, Blanca deberá abonar al ayuntamiento de Madrid la cantidad de 2.030,70 euros por la otra transmisión “inter vivos”.

Por otro lado, **tanto D. Abel como su cónyuge**, en su calidad de donantes, **tributarán en IRPF por la ganancia patrimonial** derivada de la transmisión de los inmuebles, aunque tenga carácter de gratuita. Es decir, si el valor de transmisión de los dos inmuebles supera el valor que tenía en el momento de su adquisición, se aplicará un porcentaje entre el 19 por 100 y el 26 por 100 sobre la diferencia entre estos dos valores.

Para el cálculo del valor de la transmisión se cogerá el importe real de la donación (valor de la escritura) o el valor declarado o comprobado a efectos de sucesiones y donaciones. En ningún caso podrá ser inferior al valor de mercado. Este importe real se incrementará con el coste de las inversiones y mejoras efectuadas en el bien transmitido, los gastos y tributos inherentes a la adquisición satisfechos por el donatario, y los tributos inherentes a la transmisión, menos los intereses abonados en estos dos últimos casos respectivamente por donatario y donante. Por último, este importe se reducirá por la cantidad correspondiente a las amortizaciones deducibles fiscalmente.

Con respecto al valor de adquisición, como ocurriría con el valor de transmisión, se deberá incrementar con el coste de las inversiones y mejoras efectuadas en el inmueble, como ocurre en el inmueble de Madrid. Por ello, el valor de adquisición aumentará con el valor de la reforma efectuada, como determina la consulta vinculante V2996-18. En cuanto al inmueble de Málaga, en lugar de tomar su valor de adquisición, se cogerá el valor revisado tras una Comprobación de Valores realizada por la Administración tributaria en el año 2013.

En cambio, si alguno de los dos inmuebles donados constituye su vivienda habitual, como D. Abel supera los 65 años de edad, no estaría obligado a tributar por esa ganancia patrimonial. En cambio, su cónyuge sí seguiría tributando por la ganancia patrimonial que obtuviese.

Por todo ello, a continuación, se muestra un cuadro con la ganancia y pérdida patrimonial que el matrimonio se deberá imputar en su declaración de IRPF del año 2021, realizado con la información suministrada:

| <i>Denominación</i> | <i>Valor de transmisión</i> | | <i>Valor de adquisición</i> | | <i>GPP</i> |
|-------------------------------|-----------------------------|----------------|-----------------------------|----------------|---------------------|
| | <i>Fecha de transmisión</i> | <i>Importe</i> | <i>Fecha de adquisición</i> | <i>Importe</i> | |
| Inmueble de Málaga | 1/9/21 | 350.000,00 € | 16/6/10 | 132.202,00 € | 217.798,00 € |
| Inmueble de Madrid | 1/9/21 | 820.000,00 € | 20/12/15 | 630.000,00 € | 190.000,00 € |
| TOTAL Ganancia LATENTE | | | | | 407.798,00 € |
| TOTAL Pérdida LATENTE | | | | | 0,00 € |
| TOTAL GPP LATENTE | | | | | 407.798,00 € |
| Tipo aplicable BIA | | | | | 26% |
| Cuota íntegra Ahorro | | | | | 106.027,48 € |

Por ello, la ganancia patrimonial se calcula mediante la diferencia entre el valor de transmisión por donación y el valor de adquisición de dichos inmuebles, como consecuencia de la existencia de un incremento patrimonial obtenido por el matrimonio con el paso de los años.

Ello significa que, en función del resto de ganancias y pérdidas patrimoniales que el matrimonio obtenga en el año 2021, se aplicará un tipo de gravamen u otro. Este variará entre el 19 por 100 y el 26 por 100 por ser una renta gravada en la base imponible del ahorro, obtenida en la comunidad autónoma de Andalucía.

Como ambos progenitores, sí realizasen declaración individual, seguirían obteniendo una ganancia patrimonial superior a 200.000 euros, tributarían al tipo máximo aplicable. Este ha aumentado en la Ley de los Presupuestos Generales del Estado para el 2021 al 26 por 100. Por lo que, sí no obtuviesen ninguna otra ganancia o pérdida patrimonial, aunque obtuviesen rendimientos de capital mobiliario, tributarían al 26 por 100 de esa ganancia.

Como consecuencia de la necesidad impuesta en la Ley por la que **es necesario que la donación de los inmuebles se formalice en escritura pública**, dicha condición implicará que la operación deberá tributar en la **modalidad de AJD de ITP-AJD**.

Por tanto, se aplicará la cuota de fija de AJD, siendo el tipo aplicable en Madrid de 0,75 por 100 porque el valor de la vivienda transmitida es superior a 180.000 euros, mientras que en Andalucía se aplica un porcentaje del 1,2 por 100, pues se ha reducido para los hechos impositivos devengados desde abril de 2021. Estos importes los deberán abonar los donatarios, Juan y Blanca.

| <i>Denominación</i> | <i>Valor Donación de bienes inmuebles</i> | <i>Tipo aplicable</i> | <i>Cuota</i> |
|-----------------------------|---|-----------------------|--------------------|
| Inmueble de Málaga (Juan) | 350.000,00 € | 1,20% | 4.200,00 € |
| Inmueble de Madrid (Blanca) | 820.000,00 € | 0,75% | 6.150,00 € |
| TOTAL AJD | | | 10.350,00 € |

En cuanto al **Impuesto sobre Bienes Inmuebles** (en adelante, IBI), este se deberá liquidar por quienes sean los nuevos propietarios de los inmuebles a fecha de 1 de enero de 2022.

Por ello, el recibo de IBI que se deba abonar a partir de 2022 para los inmuebles de Málaga y Madrid, los deberán pagar Juan y Blanca, respectivamente.

Para concluir con el análisis, a continuación, se muestra un **cuadro-resumen con el coste fiscal de la donación**, quedando de la siguiente manera:

| <i>Juan (Málaga)</i> | | <i>Blanca (Madrid)</i> | |
|--------------------------------------|-------------------|-------------------------------------|--------------------|
| Cuota tributaria ISD | 682,17 € | Cuota tributaria ISD | 2.068,06 € |
| Cuota tributaria IIVTNU | 4.593,60 € | Cuota tributaria IIVTNU | 2.030,70 € |
| AJD | 4.200,00 € | AJD | 6.150,00 € |
| TOTAL IMPORTE A PAGAR JUAN | 9.475,77 € | TOTAL IMPORTE A PAGAR BLANCA | 10.248,76 € |
| TOTAL COSTE FISCAL DONATARIOS | | | 19.724,53 € |

| <i>D. Abel y Dña. Cristina</i> | |
|--|---------------------|
| GPP Latente IRPF | 106.027,48 € |
| TOTAL Coste Fiscal del matrimonio | 106.027,48 € |

SEGUNDO: VENTA DE INMUEBLES.

Sí, en lugar de una donación, el matrimonio decidiese realizar una venta de los inmuebles a Juan y Blanca, el coste fiscal de la compraventa siempre será mayor que el de la donación, el cual es prácticamente inexistente.

En este sentido, **la compraventa de los inmuebles** por sus hijos supondrá la **tributación en ITP-AJD**, cuyo tipo de gravamen en la modalidad de TPO se encuentra entre el 6 por 100 y el 11 por 100 en función de cada Comunidad Autónoma, **en el caso de que el matrimonio formado por D. Abel y Dña. Cristina vendan los inmuebles como personas físicas**. Por tanto, se transmitiría el 100 por 100 de la propiedad de cada uno de los inmuebles.

Así, en Madrid el tipo aplicable en TPO es del 6 por 100, existiendo una bonificación del 10 por 100 a las personas físicas que adquieran un inmueble que vaya a constituir su vivienda habitual, siempre que el valor del inmueble sea igual o inferior a 250.000 euros.

En Andalucía se aplica un porcentaje entre el 8 por 100 y el 10 por 100 a la compra de una vivienda, aunque se podría aplicar un 7 por 100 sí el inmueble se destinase a vivienda habitual y su valor no superase los 130.000 euros. En este caso, como el valor de transmisión de la vivienda es menor de 400.000 euros (350.000 euros), el tipo de gravamen será del 8 por 100.

Por tanto, como se muestra a continuación, asumimos que la adquisición de estos inmuebles por Juan y Blanca no supone que éstos se vayan a constituir como su vivienda

habitual. Esto se debe a que, a raíz de la información suministrada, Juan reside habitualmente en Madrid y va a recibir un inmueble situado en Málaga y, por el contrario, Blanca reside en Málaga y va a recibir un inmueble situado en Madrid.

| Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) | | | | |
|--|--------------|-----------------|----------------|--------------------|
| Descripción | Localización | Precio de Venta | Tipo aplicable | Cuota |
| VIVIENDA | Málaga | 350.000,00 € | 8% | 28.000,00 € |
| VIVIENDA | Madrid | 820.000,00 € | 6% | 49.200,00 € |
| <i>Total</i> | | | | <i>77.200,00 €</i> |

En consecuencia, Juan deberá abonar en concepto de TPO por la compraventa del inmueble de Málaga la cantidad de 28.000 euros. En cambio, Blanca deberá pagar el importe de 49.200 euros por el mismo concepto por el inmueble localizado en Madrid.

Sí, por el contrario, D. Abel **decide vender los inmuebles a través de cualquiera de sus empresas o de la sociedad holding⁴**, cuando fuesen propietarias de estos, sus hijos deberán seguir pagando el correspondiente TPO sobre el precio de la compraventa. Esto se debe a que en ambos casos estaríamos ante una segunda entrega de vivienda, siempre que la sociedad decidiese no renunciar a la exención en IVA.

Siguiendo el mismo sentido que en la donación de los inmuebles, ante una posible venta, **sí transmisión estará sujeta a IIVTNU o plusvalía municipal** debido que la fecha de transmisión es el 1 de septiembre de 2021. No se podría aplicar, por tanto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021 que declara inconstitucional el cálculo de la base imponible del impuesto porque en la fecha en la que se dictó dicha sentencia, como consecuencia de que la obligación de pagar este impuesto se extiende a un plazo de treinta días desde la transmisión, los sujetos pasivos de este impuesto ya deberían haber liquidado y abonado la cuota correspondiente a este impuesto.

⁴ Eso sí, si se decide realizar la compraventa, deberá existir un precio cierto y acorde con los precios de mercado pues, en caso contrario, estaríamos ante una simulación.

En cambio, a diferencia de la donación como transmisión lucrativa, **los sujetos pasivos de la transmisión onerosa** que constituye la venta de los inmuebles **serán los vendedores**, el matrimonio formado por D. Abel y Dña. Cristina. El coste fiscal de la venta lo soportarán los padres, en lugar de los hijos como ocurriría en la donación.

Con el objeto de liquidar el impuesto, se asume que el valor catastral del suelo del momento de la transmisión se ha incrementado con respecto al valor del momento de la adquisición de cada inmueble. Este es el presupuesto necesario para que exista la plusvalía. Por tanto, a continuación, se muestra una tabla con el coste fiscal de este impuesto para D. Abel y Dña. Cristina:

| MÁLAGA | | MADRID | |
|-------------------------------------|-------------------|---------------------------|-------------------|
| Descripción | VIVIENDA | Descripción | VIVIENDA |
| Localidad | MÁLAGA | Localidad | MADRID |
| Fecha de Adquisición | 16/6/10 | Fecha de Adquisición | 20/12/15 |
| Fecha de Transmisión | 01/09/2021 | Fecha de Transmisión | 01/09/2021 |
| Valor Catastral del Suelo | 45.000,00 € | Valor Catastral del Suelo | 70.024,00 € |
| Porción transmitida | 100,00% | Porción transmitida | 100,00% |
| Valor transmitido | 45.000,00 € | Valor transmitido | 70.024,00 € |
| Periodo de tenencia | 11 | Periodo de tenencia | 5 |
| Porcentaje del incremento | 35,20% | Porcentaje del incremento | 2,00% |
| Base parcial | 15.840,00 € | Base parcial | 7.002,40 € |
| Tipo de gravamen | 29% | Tipo de gravamen | 29% |
| Cuota íntegra | 4.593,60 € | Cuota íntegra | 2.030,70 € |
| Total | 4.593,60 € | Total | 2.030,70 € |
| TOTAL PLUSVALÍAS MUNICIPALES | | 6.624,30 € | |

La base imponible de la plusvalía se calcula aplicando un porcentaje de incremento al valor catastral del suelo, que se obtiene de la diferencia entre el valor catastral y el valor catastral de construcción. Este porcentaje de incremento varía en función de los años de

tenencia del inmueble, pero deberán ser años completos, y en función del ayuntamiento. Por ello, en el inmueble de Madrid son cinco años, en lugar de seis, pues se transmite antes de que se cumplan esos seis años de tenencia. En particular, el porcentaje de incremento de Madrid es anual, por lo que deberá multiplicarse por los cinco años, a diferencia de Málaga que es el porcentaje de incremento aplicable a esos once años de tenencia. Una vez obtenida la base imponible, se aplicará el tipo de gravamen para obtener la cuota, que sería la cantidad a pagar.

Por tanto, el matrimonio abonará las plusvalías municipales correspondientes a los dos inmuebles, debiendo realizar la declaración de IIVTNU en cada ayuntamiento. De sí forma, la cantidad total a pagar será de 6.624,30 euros.

En función de sí el matrimonio, como personas físicas, lleva a cabo la venta, o sí la realiza una sociedad, existirán diferentes formas de tributar por esa venta.

Sí el matrimonio decide vender el inmueble actuando como personas físicas, tributarán en su declaración de IRPE del año 2021 por la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión del inmueble. La ganancia o pérdida patrimonial se obtendrá de la diferencia entre el valor de transmisión del inmueble y el valor en el momento de su adquisición, aplicándose un porcentaje entre el 19 por 100 y el 26 por 100 sobre esa diferencia.

A continuación, se encuentra una tabla con el coste fiscal que producirá la transmisión de ambos inmuebles:

| <i>Denominación</i> | <i>Valor de transmisión</i> | | <i>Valor de adquisición</i> | | <i>GPP</i> |
|-------------------------------|-----------------------------|----------------|-----------------------------|----------------|---------------------|
| | <i>Fecha de transmisión</i> | <i>Importe</i> | <i>Fecha de adquisición</i> | <i>Importe</i> | |
| Inmueble de Málaga | 1/9/21 | 350.000,00 € | 16/6/10 | 132.202,00 € | 217.798,00 € |
| Inmueble de Madrid | 1/9/21 | 820.000,00 € | 20/12/15 | 630.000,00 € | 190.000,00 € |
| TOTAL Ganancia LATENTE | | | | | 407.798,00 € |
| TOTAL Pérdida LATENTE | | | | | 0,00 € |

| | |
|-----------------------------|---------------------|
| TOTAL GPP LATENTE | 407.798,00 € |
| Tipo aplicable BIA | 26% |
| Cuota íntegra Ahorro | 106.027,48 € |

Por ello, la ganancia patrimonial se calcula de la diferencia entre el valor de transmisión por la venta y el valor de adquisición de dichos inmuebles, como consecuencia de la existencia de un incremento patrimonial que ha obtenido el matrimonio con el paso de los años.

Esto significa que, en función del resto de ganancias y pérdidas patrimoniales que el matrimonio obtenga en el año 2021, se aplicará un tipo de gravamen u otro. Este variará entre el 19 por 100 y el 26 por 100 por ser una renta gravada en la base imponible del ahorro, obtenida en la comunidad autónoma de Andalucía.

Como ambos progenitores, realizando declaración individual, seguirían obteniendo una ganancia patrimonial superior a 200.000 euros, tributarían al tipo máximo aplicable. Este ha aumentado en la Ley de los Presupuestos Generales del Estado para el 2021 al 26 por 100. Por lo que sí no obtuviesen ninguna otra ganancia o pérdida patrimonial, aunque obtuviesen rendimientos de capital mobiliario, tributarían al 26 por 100 de esa ganancia.

Por el contrario, sí la venta la realizase una sociedad como persona jurídica, la plusvalía derivada de esa venta tributaría en **IS**.

En todo caso, en ambos casos, el valor de transmisión será el valor real de los inmuebles a fecha de 1 de septiembre de 2021. Sin embargo, a partir del próximo 1 de enero de 2022, entrará en vigor el nuevo valor de referencia. Esto determinará una nueva base imponible para los impuestos que pague quien compre una vivienda de segunda mano o quien herede o reciba en donación una vivienda. Por ello, en este caso, no se aplica este nuevo valor de referencia, sino que se seguiría aplicando el valor real del inmueble para determinar el coste fiscal de la venta de los inmuebles.

Asimismo, como resultado de la incompatibilidad entre TPO y AJD, se aplicará la cuota de fija de la **modalidad de AJD de ITP-AJD**.

Se aplicará la cuota de fija de AJD, siendo el tipo aplicable en Madrid de 0,75 por 100 porque el valor de la vivienda transmitida es superior a 180.000 euros, mientras que en Andalucía se aplica un porcentaje del 1,2 por 100, pues se ha reducido para los hechos imponible devengados desde abril de 2021. Estos importes los deberán abonar los compradores, Juan y Blanca.

| <i>Denominación</i> | <i>Valor Donación de bienes inmuebles</i> | <i>Tipo aplicable</i> | <i>Cuota</i> |
|---------------------|---|-----------------------|--------------------|
| Inmueble de Málaga | 350.000,00 € | 1,20% | 4.200,00 € |
| Inmueble de Madrid | 820.000,00 € | 0,75% | 6.150,00 € |
| Total AJD | | | 10.350,00 € |

Para concluir con el análisis, a continuación, se muestra un **cuadro-resumen con el coste fiscal de la venta de los dos inmuebles**, quedando de la siguiente manera:

| <i>Juan (Málaga)</i> | |
|-----------------------------------|--------------------|
| Cuota tributaria TPO | 28.000,00 € |
| AJD | 4.200,00 € |
| TOTAL IMPORTE A PAGAR JUAN | 32.200,00 € |

| <i>Blanca (Madrid)</i> | |
|-------------------------------------|--------------------|
| Cuota tributaria TPO | 49.200,00 € |
| AJD | 6.150,00 € |
| TOTAL IMPORTE A PAGAR BLANCA | 55.350,00 € |

| | |
|---------------------------------------|--------------------|
| TOTAL COSTE FISCAL COMPRADORES | 87.550,00 € |
|---------------------------------------|--------------------|

| <i>D. Abel y Dña. Cristina</i> | |
|--------------------------------------|---------------------|
| Cuota tributaria IIVTNU | 6.624,30 € |
| GPP Latente IRPF | 106.027,48 € |
| TOTAL COSTE FISCAL VENDEDORES | 112.651,78 € |

TERCERO: SUCESIÓN.

Ante un posible fallecimiento del matrimonio, sus herederos serán los obligados al pago del **Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones** en la comunidad autónoma en la que el matrimonio residiese de forma habitual hasta su fallecimiento. En este caso, los causantes serían D. Abel y Dña. Cristina, los cuales residían en Málaga desde hace más de veinte años por lo que la normativa aplicable a sus herederos en materia de sucesiones sería la andaluza. En concreto, como consecuencia de la adquisición “mortis causa”, se aplicará el Decreto Legislativo 1/2018 por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, así como la Ley estatal de ISD.

Con el objeto de elaborar dos herencias distintas, hemos asumido que **primero fallecería D. Abel y, posteriormente, Dña. Cristina**. Sin embargo, en ambos casos, **los hechos imposables de ISD**, que son la adquisición de bienes y derechos por herencia, **tuvieron lugar el 1 de septiembre de 2021**. Por tanto, cada uno de los causahabientes deberá elaborar una liquidación por cada uno de sus padres fallecidos, por lo que el importe a pagar que correspondiese en ISD sería exclusivamente la declaración efectuada por la transmisión “mortis causa” de uno de sus progenitores.

Habrà que tener también en cuenta sí otorgaron o no testamento. Asumiendo que el matrimonio otorgó testamento con anterioridad a su fallecimiento, nombrando herederos a sus cuatro hijos por partes iguales (los causahabientes), cada uno de ellos deberá tributar por la porción hereditaria individual que reciba. En este sentido, **cada uno de los**

herederos deberá autoliquidar el impuesto de ISD en la Comunidad de Andalucía a través del modelo 650.

Por otro lado, hay que realizar un **inventario de los bienes** que van a constituir la herencia, pues estarán sujetos al impuesto todos los bienes y derechos que el matrimonio tuviese en el momento de su fallecimiento, es decir, por obligación personal. Teniendo en cuenta que la donación de participaciones ya se habría efectuado, pero la donación de los inmuebles todavía no se habría realizado, estos últimos se deberán incluir en el mencionado inventario de bienes. Con posterioridad, se llevará a cabo la adjudicación de la herencia entre los distintos hijos. De sí forma, el patrimonio del matrimonio estaría formado por los inmuebles situados en Madrid y Málaga.

Con el fin de obtener la base imponible del ISD, hay que analizar la normativa aplicable hasta y después del 1 de enero de 2022, día en el que entra en vigor un nuevo método de valoración como resultado de la publicación de la Ley 11/2021, de 9 de julio de 2021, de Medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016.

De sí forma, y como hemos analizado con la donación, la base imponible del impuesto se calculará por el valor real de los bienes adquiridos, una vez reducidas las cargas y deudas deducibles, en virtud del artículo 9 de la Ley de ISD. Como el fallecimiento de D. Abel y Dña. Cristina se produjo el 1 de septiembre de 2021, el devengo de ISD se produjo antes que la norma por la que se modifica la valoración de los inmuebles empiece a producir efectos. Por ello, los sujetos pasivos de ISD deberán **tributar por el valor real de los bienes adquiridos**. En este sentido, **el devengo de ISD es la fecha de fallecimiento** del causante o transmitente de los bienes por operación “mortis causa”.

Por el contrario, a partir del 1 de enero de 2022, se aplicará el valor mínimo de referencia, determinando los impuestos que debe pagar quien compre una vivienda de segunda mano o quien herede o reciba en donación una casa. Este valor lo determina la Dirección General del Catastro⁵.

⁵ Este valor se determina tras un análisis de los precios comunicados por los fedatarios públicos de todas las compraventas de inmuebles que se realicen, no pudiendo superar el valor de mercado. Este valor se puede obtener en la Sede Electrónica del Catastro.

En cuanto a la normativa aplicable, debemos mencionar que será la Ley 5/2021, de 20 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los hechos imponible realizados a partir del próximo 1 de enero de 2022. En cambio, en este caso, como los dos hechos imponible tuvieron lugar el 1 de septiembre de 2021, se seguirá aplicando el Decreto Legislativo 1/2018, de 19 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos. En este sentido, el hecho imponible es la adquisición de bienes y derechos por herencia, siendo los sujetos pasivos los herederos en las transmisiones “mortis causa”.

En consecuencia, el valor que cogeremos para calcular la **base imponible** del impuesto, sobre el que se aplicará posteriormente el tipo de gravamen que proceda, será el **valor real** o valor de mercado de cada inmueble.

| A. BIENES INMUEBLES DE NATURALEZA URBANA | | | | | |
|---|--------------|-----------------------------|-------------|------------------|-------------------------------|
| Nº | LOCALIZACIÓN | GANANCIAL O PRIVATIVO | DESCRIPCIÓN | % TITULARIDAD | VALORACIÓN |
| 1 | Málaga | GANANCIAL | VIVIENDA | 50,00% | 350.000,00 € |
| 2 | Madrid | GANANCIAL | VIVIENDA | 50,00% | 820.000,00 € |
| TOTAL BIENES | | | | | 1.170.000,00 € |
| VALOR DE LOS BIENES DE NATURALEZA GANANCIAL | | | | | 585.000,00 € |
| VALOR DE LOS BIENES DE NATURALEZA PRIVATIVA | | | | | 0,00 € |
| <i>No hay bienes privativos</i> | | | | | |
| HABER HEREDITARIO NETO (*) | | | | | 585.000,00 € |
| | | | | | ISD – Adjudicación |
| VALOR TOTAL DE LOS BIENES Y DERECHOS [1] | | | | | 1.170.000,00 € |
| TOTAL CAUDAL RELICTO (Bienes privativos + Mitad gananciales) [2] | | | | | 585.000,00 € |
| AJUAR DOMÉSTICO [2]*3% [3] | | | | | 17.550,00 € |
| MASA HEREDITARIA BRUTA [2] + [3] [4] | | | | | 602.550,00 € |

| | | |
|--|---|---------------------|
| TOTAL DEUDAS Y CARGAS DEDUCIBLES (L/2) [5] | | 0,00 € |
| MASA HEREDITARIA NETA [4] – [5] [6] | | 602.550,00 € |
| CAUDAL HEREDITARIO LÍQUIDO [2] – [5] [7] | | 585.000,00 € |
| CÓNYUGE – CUOTA LIQUIDACIÓN GANANCIALES ([1] – [2]) | | 585.000,00 € |
| CUOTA CÓNYUGE VIUDO | USUFRUCTO UNIVERSAL [7]*(1/3) | 163.800,00 € |
| CUOTA HEREDITARIA DE LOS HIJOS | HABER HEREDITARIO NETO – Total cuota cónyuge viudo [8] | 421.200,00 € |
| | CUOTA HEREDITARIA HIJOS [8] /4 | 105.300,00 € |

Por tanto, en el anterior cuadro se muestra el inventario y liquidación de la transmisión “mortis causa” como resultado del fallecimiento de D. Abel.

Una vez calculado el **valor total de todos los bienes y derechos** que formarían parte del inventario, a través del valor real de los inmuebles, habría que diferenciar entre los bienes de naturaleza ganancial y los de naturaleza privativa. En este caso, todo el patrimonio del matrimonio es ganancial por lo que, ante la muerte de uno de los miembros del matrimonio, habrá que **liquidar la sociedad de gananciales**.

La liquidación de la sociedad de gananciales se realiza adjudicando al cónyuge viudo el 50 por 100 del valor total de los bienes, quedando el otro 50 por 100 como el caudal relicto de la herencia. Por ello, en este caso, **el valor del caudal relicto o caudal hereditario sería de 585.000 euros**.

Cuando se haya obtenido ese valor, se procederá a calcular la **cuota del cónyuge viudo** (en este caso, hemos supuesto que fallece primero D. Abel), **al que le correspondería el usufructo universal**. Sí cuota se obtendrá a través de la fórmula consistente en restar a 89 los años que tenga el cónyuge viudo, multiplicándose después por el valor de los bienes. Como en este caso Dña. Cristina tiene 61 años, se restaría 61 a 89, cuyo resultado sería un 28 por 100, el cual se multiplicaría a el valor del caudal relicto que es 585.000 euros. Por tanto, el valor del usufructo del cónyuge viudo es de 163.800 euros.

Después de obtener la cuota del cónyuge viudo, habrá que calcular la **cuota hereditaria correspondiente a los hijos del matrimonio**, cuyo resultado se obtendrá tras reducir la cuota del cónyuge viudo al caudal hereditario. El resultado será de 421.200 euros, el cual se dividirá entre los cuatro hijos, correspondiéndoles 105.300 euros a cada uno de ellos.

Asimismo, se deberá calcular el **ajuar doméstico**, cuyo valor será un 3 por 100 del importe del caudal relicto del causante, en virtud del artículo 15 de la Ley de ISD. Este ajuar doméstico incrementará el valor de la masa hereditaria total.

Una vez calculada la base imponible del impuesto, para calcular la base liquidable, la normativa prevé una serie de **reducciones** estatales y autonómicas en función de aspectos subjetivos y objetivos. En este sentido, la legislación estatal recoge una reducción de 15.956,87 euros en las adquisiciones por descendientes del Grupo II de parentesco. Además, las personas con un grado de discapacidad igual o superior a 33 por 100, como Pedro, tienen derecho a una reducción adicional de 47.858,59 euros. Por otro lado, la normativa andaluza prevé una **reducción** propia sobre la base imponible **de hasta 1.000.000 euros** para parientes directos en adquisiciones *mortis causa*, debiendo liquidar el impuesto por el importe que superase dicha cantidad. En todo caso, en virtud del artículo 22 del Decreto Legislativo 1/2018, hay que cumplir los siguientes requisitos:

- 1) El causahabiente debe estar comprendido en los Grupos I y II del artículo 20 de la Ley de ISD.
- 2) Su patrimonio preexistente debe ser igual o inferior a 1.000.000 euros.

Por tanto, como hemos analizado en las donaciones, la tributación en el impuesto se establece en función de la relación de parentesco de la persona que hereda, pudiéndose clasificar en diferentes Grupos según la norma estatal. En este caso, los cuatro hijos se clasificarían en el Grupo II de parentesco, por ser descendientes de más de veintiún años. Además, todos los causahabientes poseen un patrimonio inferior a 200.000 euros, por lo que se les aplicará posteriormente el coeficiente multiplicador de 1,000 a la cuota íntegra.

Además, cuando un causahabiente posea una **minusvalía**, equivalente a un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, también tendrá derecho a esa reducción sobre la base imponible de 1.000.000 euros sí pertenece también a los Grupos I y II de

parentesco. Por tanto, en este caso, en virtud del artículo 23 del Decreto Legislativo 1/2018, sería indiferente el patrimonio preexistente del causahabiente.

Antes de aplicar la tarifa o tipo de gravamen hay que analizar sí, tras la reducción de hasta 1.000.000 euros a cada uno de los causahabientes, las bases liquidables superan dicha cantidad. Como se muestra a continuación, **en ningún caso se supera ese mínimo exento de 1.000.000 euros por ser parientes directos, por lo que no cabría aplicar los tipos de gravamen.**

| <i>Sra. Dña. Cristina</i> | |
|--|---------------------|
| Valor real de los bienes y derechos | 163.800,00 € |
| Ajuar doméstico | 4.914,00 € |
| Deudas, gastos y cargas | 0,00 € |
| Seguro de vida | 0,00 € |
| BASE IMPONIBLE | 168.714,00 € |
| Reducción por parentesco | 168.714,00 € |
| Reducción por vivienda habitual | 0,00 € |
| Reducción por seguros de vida | 0,00 € |
| BASE LIQUIDABLE | 0,00 € |
| BASE LIQUIDABLE TEÓRICA | 0,00 € |
| Tarifa del ISD: | |
| Hasta 0,00 | 0,00 |
| Resto 0,00 | 0,00 |
| Cuota Íntegra | 0,00 |
| Coficiente Multiplicador | 1.00 |
| CUOTA TRIBUTARIA TEÓRICA | 0,00 € |
| Tipo medio efectivo de gravamen | 0,00% |
| CUOTA TRIBUTARIA | 0,00 € |
| Bonificación 99% | 0,00 € |
| CUOTA TRIBUTARIA | 0,00 € |

| <i>Juan, Paloma, Blanca Y Pedro</i> | |
|--|---------------------|
| Valor real de los bienes y derechos | 105.300,00 € |
| Ajuar doméstico | 3.159,00 € |
| Deudas, gastos y cargas | 0,00 € |
| Seguro de vida | 0,00 € |
| BASE IMPONIBLE | 108.459,00 € |
| Reducción por parentesco | 108.459,00 € |
| Reducción por vivienda habitual | 0,00 € |
| Reducción por seguros de vida | 0,00 € |
| BASE LIQUIDABLE | 0,00 € |
| BASE LIQUIDABLE TEÓRICA | 0,00 € |
| Tarifa del ISD: | |
| Hasta 0,00 | 0,00 |
| Resto 0,00 | 0,00 |
| Cuota Íntegra | 0,00 |
| Coefficiente Multiplicador | 1.00 |
| CUOTA TRIBUTARIA TEÓRICA | 0,00 € |
| Tipo medio efectivo de gravamen | 0,00% |
| CUOTA TRIBUTARIA | 0,00 € |
| Bonificación 99% | 0,00 € |
| CUOTA TRIBUTARIA | 0,00 € |

A pesar de que la cuota tributaria de Dña. Cristina y de sus hijos sea igual a cero, seguirían estando obligados a realizar la liquidación del impuesto, aunque no deban abonar ningún importe.

Adicionalmente, el artículo 33. Bis del Decreto Legislativo 1/2018 prevé una bonificación propia de la normativa andaluza a través de la que, los contribuyentes que pertenezcan al Grupo I y II, tendrán derecho a la aplicación de una **bonificación del 99 por 100** en la cuota tributaria sobre las adquisiciones “mortis causa”. Para concluir, también se podrán deducir determinados gastos de última enfermedad, entierro y funeral, siempre que se justifiquen.

Por todo ello, cuando falleciese Dña. Cristina, los causahabientes deberán proceder otra vez a la liquidación de ISD en Andalucía, quedando de la siguiente forma:

| | |
|---|---------------------------------------|
| VALOR DE LOS BIENES DE NATURALEZA GANANCIAL | 585.000,00 € |
| VALOR DE LOS BIENES DE NATURALEZA PRIVATIVA | 0,00 € |
| <i>No hay bienes privativos</i> | |
| HABER HEREDITARIO NETO (*) | 585.000,00 € |
| ISD – Adjudicación | |
| VALOR TOTAL DE LOS BIENES Y DERECHOS [1] | 1.170.000,00 € |
| TOTAL CAUDAL RELICTO (Bienes privativos + Mitad gananciales de Dña. Cristina) [2] | 585.000,00 € |
| AJUAR DOMÉSTICO [2]*3% [3] | 17.550,00 € |
| MASA HEREDITARIA BRUTA [2] + [3] [4] | 602.550,00 € |
| TOTAL DEUDAS Y CARGAS DEDUCIBLES (L/2) [5] | 0,00 € |
| MASA HEREDITARIA NETA [4] – [5] [6] | 602.550,00 € |
| CAUDAL HEREDITARIO LÍQUIDO [2] – [5] [7] | 585.000,00 € |
| CÓNYUGE – CUOTA LIQUIDACIÓN GANANCIALES ([1] - [2]) | |
| 585.000,00 € | |
| CAUDAL HEREDITARIO | CUOTA HEREDITARIA HIJOS [7] /4 |
| | 146.250,00 € |

Por ello, en este caso, el caudal hereditario resultante para cada uno de los cuatro hijos sería de 146.250 euros, al no tener en cuenta ya el usufructo del cónyuge viudo.

Además, la **cuota tributaria de cada uno de ellos también será igual a cero**, por lo que, **aunque no deban abonar ningún importe** por encontrarse dentro del mínimo exento por ser parientes directos, **seguirán estando obligados a liquidar el impuesto**.

| | |
|--|---------------------|
| <i>Juan, Paloma, Blanca y Pedro (Individual)</i> | |
| Valor real de los bienes y derechos | 146.250,00 € |
| Ajuar doméstico | 4.387,50 € |
| Deudas, gastos y cargas | 0,00 € |
| Seguro de vida | 0,00 € |
| BASE IMPONIBLE | 150.637,50 € |

| | |
|--|---------------------|
| Reducción por parentesco | 150.637,50 € |
| Reducción por vivienda habitual | 0,00 € |
| Reducción por seguros de vida | 0,00 € |
| BASE LIQUIDABLE | 0,00 € |
| BASE LIQUIDABLE TEÓRICA | 0,00 € |
| Tarifa del ISD: | |
| Hasta 0,00 | 0,00 |
| Resto 0,00 | 0,00 |
| <i>Cuota Íntegra</i> | <i>0,00</i> |
| Coefficiente Multiplicador | 1.00 |
| CUOTA TRIBUTARIA TEÓRICA | 0,00 € |
| Tipo medio efectivo de gravamen | 0,00% |
| CUOTA TRIBUTARIA | 0,00 € |
| Bonificación 99% | 0,00 € |
| CUOTA TRIBUTARIA | 0,00 € |

Por todo ello, en resumen, aunque el coste fiscal de la sucesión sería cero, cada uno de los causahabientes deberá elaborar una liquidación y por cada uno de sus padres fallecidos, por lo que el importe a pagar que correspondiese sería exclusivamente la declaración efectuada por la transmisión “mortis causa” de uno de sus progenitores.

A diferencia de las anteriores transmisiones, aunque también estarían sujetas a **IIVTNU o Plusvalía Municipal**, estas transmisiones “mortis causa” **podrían aplicar la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021 que declara inconstitucional el cálculo de la base imponible del impuesto** (artículo 104 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), como consecuencia de que la obligación de pagar este impuesto se extiende a un plazo de 6 meses desde el devengo del impuesto, el cual es el momento de fallecimiento del causante.

Por tanto, si los fallecimientos de D. Abel y Dña. Cristina se produjeron el 1 de septiembre de 2021, lo más probable es que, a día 26 de octubre de ese mismo año, sus herederos

no hayan liquidado ni abonado todavía la cuota correspondiente a este impuesto, por lo que se les podría aplicar la sentencia del Tribunal Constitucional.

En este sentido, **los herederos deberán presentar** en el Ayuntamiento en dónde se localice cada inmueble **la autoliquidación del IIVTNU** devengado por causa de muerte, con cuota tributaria igual a cero, en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021 que declaró inconstitucional el artículo 104 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

En consecuencia, **no existe a fecha del devengo del Impuesto posibilidad alguna para determinar la base imponible** para los sujetos pasivos del Impuesto, que son los herederos como consecuencia de la transmisión lucrativa de los inmuebles.

A pesar de todo esto, hemos querido realizar un cuadro con **el coste fiscal que se van a ahorrar de la plusvalía** como consecuencia de esta circunstancia:

| MÁLAGA | |
|---------------------------|-------------------|
| Descripción | VIVIENDA |
| Localidad | MÁLAGA |
| Fecha de Adquisición | 16/6/10 |
| Fecha de Transmisión | 01/09/2021 |
| Valor Catastral del Suelo | 45.000,00 € |
| Porción transmitida | 100,00% |
| Valor transmitido | 45.000,00 € |
| Periodo de tenencia | 11 |
| Porcentaje del incremento | 35,20% |
| Base parcial | 15.840,00 € |
| Tipo de gravamen | 29% |
| Cuota íntegra | 4.593,60 € |
| Total | 4.593,60 € |

| MADRID | |
|---------------------------|-------------------|
| Descripción | VIVIENDA |
| Localidad | MADRID |
| Fecha de Adquisición | 20/12/15 |
| Fecha de Transmisión | 01/09/2021 |
| Valor Catastral del Suelo | 70.024,00 € |
| Porción transmitida | 100,00% |
| Valor transmitido | 70.024,00 € |
| Periodo de tenencia | 5 |
| Porcentaje del incremento | 2,00% |
| Base parcial | 7.002,40 € |
| Tipo de gravamen | 29% |
| Cuota íntegra | 2.030,70 € |
| Total | 2.030,70 € |

(*) No hay plusvalía con motivo de la Sentencia del TC de fecha 26 de octubre de 2021.

| | |
|---|--------------------------|
| <i>TOTAL PLUSVALÍAS MUNICIPALES</i> | <i>6.624,30 €</i> |
| <i>TOTAL PLUSVALÍAS MUNICIPALES AHORRADO POR CADA HEREDERO</i> | <i>1.656,07 €</i> |

Igual que en el supuesto de la donación y la compraventa, la base imponible de la plusvalía se calcula aplicando un porcentaje de incremento al valor catastral del suelo. Este porcentaje de incremento varía en función de los años de tenencia del inmueble y en función del ayuntamiento en el que esté situado el inmueble. Para terminar, se aplicará el tipo de gravamen a esa base imponible para obtener la cuota, que sería la cantidad a pagar.

En cambio, en su caso, como hemos analizado, su cuota sería igual a cero. Esto significa que el coste fiscal ahorrado como consecuencia de la sentencia del TC de 26 de octubre sería de casi 5.000 euros.

Con posterioridad a la adjudicación de la herencia, **los herederos no estarán sujetos a tributación en IRPF**. Es decir, no verán repercutida en su declaración de IRPF la ganancia patrimonial obtenida como consecuencia de la transmisión lucrativa. Esto se debe a que el artículo 6. 4 de la Ley de IRPF recoge que la renta que esté sujeta a ISD, no podrá estar sujeta a IRPF, pues se entiende que una misma renta no puede tributar dos veces. La única excepción, que sí tributaría en IRPF, es que los bienes y derechos adjudicados en la herencia generasen rentas aparte, como el alquiler de una vivienda.

Asimismo, **los herederos tienen derecho a compensar en su declaración de IRPF las pérdidas patrimoniales pendientes del fallecido**, generadas en los cuatro años anteriores, como ha determinado la Sentencia número 29/2021 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 20 de enero de 2021. El Tribunal considera que una herencia “comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”, concluyendo que “el derecho a compensar será transmisible “mortis causa”.

Por otro lado, cuando sea el momento de elaborar las declaraciones anuales de IRPF, **los herederos deberán liquidar el IRPF de D. Abel y Dña. Cristina devengado hasta el**

momento de su fallecimiento, como resultado de que el periodo impositivo finalizó con anterioridad al 31 de diciembre y debe ser devengado en la fecha del fallecimiento.

El apartado b) del artículo 33.3 de la Ley de IRPF dispone que no existirá ganancia o pérdida patrimonial en las “transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente”, por lo que en la autoliquidación de IRPF de los fallecidos no se repercutirá los posibles incrementos de valor obtenidos en el tiempo sobre esos inmuebles.

En cuanto al **Impuesto sobre Bienes Inmuebles** (IBI), se deberá liquidar por quienes sean los nuevos propietarios de los inmuebles a fecha de 1 de enero de 2022.

Por ello, el recibo de IBI correspondiente a los inmuebles de Málaga y Madrid que se deba abonar a partir de 2022, los deberán pagar Juan y Blanca, respectivamente.

Para concluir con el análisis, a continuación, se muestra un **cuadro-resumen con el coste fiscal de la venta de los dos inmuebles**, quedando de la siguiente manera:

| <i>Juan</i> | | <i>Blanca</i> | |
|-------------------------------------|---------------|-------------------------------------|---------------|
| Cuota tributaria ISD | 0,00 € | Cuota tributaria ISD | 0,00 € |
| Cuota tributaria IIVTNU | 0,00 € | Cuota tributaria IIVTNU | 0,00 € |
| TOTAL IMPORTE A PAGAR JUAN | 0,00 € | TOTAL IMPORTE A PAGAR BLANCA | 0,00 € |
| <i>Paloma</i> | | <i>Pedro</i> | |
| Cuota tributaria ISD | 0,00 € | Cuota tributaria ISD | 0,00 € |
| Cuota tributaria IIVTNU | 0,00 € | Cuota tributaria IIVTNU | 0,00 € |
| TOTAL IMPORTE A PAGAR PALOMA | 0,00 € | TOTAL IMPORTE A PAGAR PEDRO | 0,00 € |
| TOTAL COSTE FISCAL HEREDEROS | | | 0,00 € |

CUARTO: PLANIFICACIÓN FISCAL SUCESORIA.

Además de las posibles implicaciones en materia fiscal, existen otros beneficios para realizar una donación antes de la herencia. En este sentido, los donantes pueden querer ayudar a determinados familiares en caso de que lo necesiten, así como para evitar posibles problemas entre los herederos después del fallecimiento de una persona.

En todo momento, los donantes poseen la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, sin llegar a recuperar la propiedad de lo donado. Únicamente pueden disponer de lo donado a favor de un tercero. Si los donantes fallecen antes de hacer uso de esa reserva, los donatarios adquieren la plena titularidad sobre esos inmuebles. Asimismo, los donantes tienen derecho a volver a adquirir lo donado, lo que se conoce como pacto de reversión. Para ello, deberán estipular un plazo o establecer una condición y, cuando se cumpla, recuperarán la propiedad de lo donado. Se podría también donar la nuda propiedad al donatario, pero manteniendo el usufructo.

Entre las pocas ventajas en materia fiscal de la donación de inmuebles a descendientes es que se constituye como una forma de reducir el Impuesto de Patrimonio de los progenitores, pues reduciría su patrimonio.

A pesar de todo esto, resulta evidente los beneficios de la sucesión con respecto a la donación de los inmuebles.

Teniendo en cuenta que el coste fiscal de la donación es de 9.475,77 euros para Juan y de 10.248,76 euros para Blanca, además de la ganancia patrimonial latente en IRPF para D. Abel y Dña. Cristina, el coste fiscal de la donación sería muy superior al de una posible sucesión por fallecimiento de ambos progenitores. Por ello, en todo caso, **recomendaríamos al matrimonio que no realizase la donación de los inmuebles** pues, como resultado del valor de estos y de la falta de otros bienes de los que sean titulares, el coste fiscal de una posible sucesión sería nulo para sus hijos.

CUARTA CUESTIÓN. - Análisis de los gastos deducibles o exentos en IRPF del Director Financiero de la Sociedad D, correspondientes al ejercicio 2020.

- *Sueldo base de 95.000 euros y retribución variable del 15%.*

Don Juan García, en su condición de Director Financiero de la Sociedad D, S.L., posee un cargo directivo a través de una relación laboral de personal de alta dirección, como resultado de la concurrencia de la condición de ajenidad como nota característica de su contrato de trabajo.

Se considerará que una persona ejerce funciones directivas cuando, en virtud del artículo 5.1. del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, de desarrollo reglamentario de la Ley de IP, se acredite de “forma fehaciente mediante el correspondiente contrato o nombramiento, los cargos de Presidente, Director General, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa”. En este sentido, Don Juan García es Director del Departamento Financiero.

Por tanto, estará sujeto a una **relación laboral de carácter especial**, según la legislación social. Sin embargo, **sus retribuciones se clasifican como de trabajo personal a través de rendimientos del trabajo** y no de actividades económicas.

Los rendimientos se calculan en IRPF como los de cualquier otro trabajador con una relación laboral ordinaria, derivado de lo dispuesto en el artículo 17.2.j) de la Ley de IRPF, el cual establece que se considerarán rendimientos del trabajo “las retribuciones derivadas de relaciones laborales de carácter especial”.

En cuanto a sus retribuciones, Don Juan García obtiene un sueldo base de 95.000 euros y una retribución variable del 15 por 100, clasificándose como rendimientos fijos y variables. Por ello, en el ejercicio fiscal de 2020, Don Juan García percibió una remuneración por rendimientos íntegros del trabajo, en forma dineraria, de 109.250 euros. Esta cantidad se obtiene de la suma del porcentaje del 15 por 100 aplicado a su sueldo base (14.250 euros) a ese rendimiento fijo.

De esta forma, estas retribuciones no están exentas de tributación en IRPF, debiendo tributar en **rendimientos íntegros del trabajo**.

Por último, es necesario mencionar que Don Juan García se puede deducir, en todo caso, la cantidad de 2.000 euros anuales en concepto de “Otros gastos”, como establece el artículo 19.2.g) de la Ley de IRPF.

- *Seguro médico de 1.500 euros para su hijo de 4 años y él.*

Están exentas las primas o cuotas satisfechas por la empresa para cubrir la enfermedad del trabajador, así como la de su cónyuge y descendientes. Sin embargo, dichas **cuotas no podrán exceder de 500 euros anuales por persona**, o de 1.500 si alguna de ellas posee una discapacidad. Así se establece en el artículo 42.3.c) de la Ley de IRPF.

Por tanto, únicamente **no tributarán como rendimientos en especie las primas por valor de 1.000 euros**, pues únicamente está exento de tributación la cantidad de 500 euros por cada miembro de la unidad familiar y, en este caso, esa unidad familiar sólo estarían su hijo de 4 años y él.

El exceso de 500 euros se consideraría retribución en especie. Pero es necesario que, en todo caso, sea la empresa quien abone la prima porque, si no, no cabría aplicar la exención.

- *Gastos de representación de 2.000 euros.*

En virtud del artículo 17.1.c), los gastos de representación son remuneraciones que tienen **la consideración de rendimientos íntegros del trabajo.**

Por tanto, Don Juan García tributará por este tipo de remuneración que ha recibido, incrementando los rendimientos íntegros del trabajo que ha obtenido en concepto de sueldo base y retribución variable.

- *Plus de mejor desempeño de 5.000 euros.*

El llamado “Plus de mejor desempeño” se puede considerar como un **plus de productividad**, el cual genera una **renta adicional** a Don Juan García.

En este sentido, tendría la consideración de **rendimiento íntegro del trabajo**, implicando además una mayor tributación. Se consideraría también una retribución derivada de la relación laboral de carácter especial, prevista como un rendimiento más del trabajo en el artículo 17.2.j) de la Ley de IRPF.

En cambio, si se tratase de un bonus plurianual se podría tratar como una retribución sujeta a la reducción del 30 por 100 por rendimientos irregulares. Sin embargo, no se aplicaría a este caso, porque se debería haber generado en un periodo de más de dos años.

- ***Premio de antigüedad de 8.000 euros que se otorga por la empresa a todos los empleados, cumpliendo sucesivos convenios colectivos, cuando cumplen veinte años en la empresa.***

Hay determinados premios que están exentos en IRPF. Sin embargo, deben concederse bienes o derechos, sin contraprestación, en reconocimiento al valor de obras literarias, artísticas o científicas, o al mérito de su actividad o labor en esas materias.

Por tanto, **este premio no está exento, debiendo tributar en IRPF como rendimiento del trabajo**. A pesar de esto, existe una reducción del 30 por 100 para los rendimientos generados en un periodo de tiempo superior a dos años, recogida en el artículo 18.2 de la Ley de IRPF.

Así lo determina también la consulta vinculante V1201-20, de 4 de mayo de 2020. Con respecto a la existencia del periodo superior a dos años, se exige que “la vinculación del rendimiento con una antigüedad en la empresa (como mínimo) por ese tiempo y que el convenio o acuerdo en el que se haya establecido y configurado el premio, supere también ese periodo superior a dos años”. Cumpliéndose estas dos condiciones, se entiende que el periodo de generación del rendimiento es superior a dos años.

En conclusión, asumiendo que el convenio colectivo que otorga el premio por antigüedad cumpla el periodo de generación de más de dos años, ya que Don Juan García sí ha trabajado durante más de dos años en la mencionada empresa (en particular, veinte años), **tendría derecho a una reducción del 30 por 100 del premio de antigüedad**. El valor de la reducción sería de 2.400 euros.

- ***Aportación a un plan de pensiones por parte de la empresa por valor de 7.000 euros.***

Las aportaciones satisfechas por la empresa a un plan de pensiones para el trabajador se consideran **rendimientos íntegros del trabajo**, según el artículo 17.1.f) de la Ley de IRPF, teniendo la **consideración de rendimientos en especie**.

Si la aportación a un plan de pensiones o sistema de previsión social la hubiese efectuado Don Juan García, tendría **derecho a reducir la base imponible** cuando se cumpliesen los requisitos del artículo 51.1 de la Ley de IRPF. Además, se incluirán en esta reducción las contribuciones de la empresa promotora que hayan sido imputadas al contribuyente como rendimientos del trabajo, como en el caso de Don Juan García.

El conjunto de las aportaciones anuales máximas que dan derecho a reducción, desde el 1 de enero de 2021, no puede superar los 2.000 euros anuales. **Este límite máximo anual se puede incrementar a 8.000 euros** si el incremento se obtiene de contribuciones empresariales. Estos límites han sido establecidos en el artículo 5.3.a) del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, a la que remite el artículo 51.6 de la Ley de IRPF.

Por todo ello, como esta norma estará vigente cuando Don Juan García realice su Declaración de la Renta de 2020, podrá reducir la base imponible en 7.000 euros porque, como resultado de que es una aportación empresarial, esta cantidad está por debajo del límite.

Sin embargo, es necesario mencionar la nueva normativa aplicable a partir del 1 de enero de 2022, a partir de los nuevos Presupuestos Generales del Estado, reduciéndose el límite en 1.500 euros anuales para las aportaciones individuales. Por otro lado, el límite para las aportaciones empresariales se incrementa a 8.500 euros anuales, con el propósito de fomentar las aportaciones por parte de las empresas. Para que se aplique este último límite incrementado, será necesario que la empresa aporte al menos tanta cantidad como el empleado/contribuyente.

- *Gasto por Seguridad Social de 2.400 euros.*

Constituyen **gasto deducible las cotizaciones a la Seguridad Social** es un, como establece el artículo 19.2. a) de la Ley de IRPF.

- *Cesión de un vehículo de renting por la empresa (coste de 3.000 euros/mes para la empresa, sin repercusión al trabajador, y valorado en 120.000 euros).*

Se considera **retribución en especie** la obtención de bienes de forma gratuita o a precio inferior al normal de mercado, para fines particulares, aunque produzcan un gasto a quién

lo conceda. Así lo dispone el artículo 42.1 de la Ley de IRPF. En este caso, esta definición se cumpliría, por lo que se consideraría renta en especie.

En concreto, el artículo 43.1.1º. b) prevé que, a pesar de que las rentas en especie se valorarán normalmente por su valor de mercado, la utilización o entrega de automóviles para fines particulares del empleado tendrá una **valoración específica**.

Hay que señalar que el *renting* es una forma de “alquiler” a largo plazo, a diferencia del leasing, cuyo titular del bien delega todas las obligaciones de la propiedad en el arrendatario. Por ello, si la empresa le cede a Don Juan García un vehículo con un contrato de *renting*, le están cediendo su uso, no la entrega.

En este sentido, a Don Juan García le ceden el uso de un automóvil, sin adquirir la propiedad. El vehículo no es propiedad de la empresa tampoco, como consecuencia del *renting*, por lo que la renta en especie se valorará por el **20 por 100 anual sobre el valor de mercado del vehículo**. En resumen, **el valor de la renta en especie**, que formará parte de los rendimientos del trabajo de Don Juan García, **será de 24.000 euros** (20 por 100 de 120.000 euros, siendo un porcentaje anual).

Adicionalmente, habrá que adicionar a esta valoración de 24.000 euros el correspondiente **ingreso a cuenta**, puesto que no le ha sido repercutido por la empresa, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 43 de la Ley de IRPF.

Por último, si el vehículo cedido tuviese la consideración de eficiente energéticamente, se le podrían aplicar ciertas reducciones (15, 20 o 30 por 100).

- ***Hijo de 4 años.***

Con el fin de adaptar el impuesto a las circunstancias personales y familiares de cada contribuyente, la norma de IRPF fija un **mínimo personal y familiar** que pasa a formar parte de la base liquidable para hallar la cuota íntegra general. El objetivo de este mínimo es pretender cuantificar aquella parte de la renta que no se somete a tributación en IRPF por destinarse a satisfacer las necesidades básicas, tanto personales como familiares, del contribuyente.

En este sentido, los artículos 57 y 58 de la Ley de IRPF recogen que el mínimo por contribuyente es de 5.550 euros anuales y que el mínimo por descendiente es de 2.400 euros, como consecuencia de que es su primer y único hijo, según la información que nos ha sido suministrada.

Además, Don Juan García reside en la Comunidad de Madrid, por lo que tendría derecho a una **deducción** de la cuota líquida de un 15 por 100 de los **gastos de escolaridad** del niño, así como el 5 por 100 de los gastos de adquisición de vestuario de uso escolar.

Como el hijo tiene 4 años y estaría en educación infantil, la cantidad a deducir por escolarización no puede exceder de 1.000 euros, pero la base de la deducción no podrá estar formada por cantidades abonadas mediante precios públicos o precios privados autorizados por la Administración.

- *Retención o ingreso a cuenta del 37%.*

Los rendimientos del trabajo están sujetos a retención o ingreso a cuenta, cuyo importe **reduce la cantidad a ingresar o pagar**, pues el empleador ya ha “abonado” esa cantidad con anterioridad a la autoliquidación de IRPF por el trabajador. Es decir, es un pago con carácter previo a la autoliquidación.

En virtud del artículo 101 de la Ley de IRPF, el importe de la retención se determina tras aplicar a las retribuciones íntegras satisfechas el porcentaje derivado de los cálculos tras atender: por un lado, a la cuantía y características de los rendimientos (teniendo en cuenta las retribuciones variables previsibles) y a las circunstancias personales y familiares del contribuyente; y, por otro lado, a los tipos fijos de retención con independencia de su cuantía y de las circunstancias del receptor.

Para ello, se determinará la base para poder calcular el tipo de retención a través de la aplicación de determinados porcentajes, que resultan de la escala prevista en dicho precepto. **Estos tipos aplicables se sitúan entre el 19 y el 47 por ciento**, en función de la base de cada trabajador.

Por último, las retenciones e ingresos a cuenta tienen la consideración de “deducibles”, pues **disminuyen la cuota líquida** para obtener la cuota diferencial y, posteriormente, la

deuda tributaria. Esta deuda tributaria determinará que la autoliquidación de IRPF de 2021 de Don Juan García salga a ingresar a Hacienda o, en cambio, salga a devolver. Este último supuesto se fundamenta en que la tributación que le corresponde a un contribuyente en IRPF ya lo ha ido abonando a lo largo del año a través de retenciones e ingresos a cuenta e, incluso, podría haber pagado de más.

QUINTA CUESTIÓN. - Tributación del premio de Loterías y Apuestas del Estado. Importe que quedaría efectivo para realizar inversiones en la sociedad holding (ampliación de capital o concesión de un préstamo).

Existe un **gravamen especial** para los **premios obtenidos de las loterías organizadas por la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado**, previsto en la Disposición adicional trigésimo tercera de la **Ley de IRPF**. Este precepto recoge que, “para el ejercicio 2020 y siguientes, estos premios estarán exentos cuando su importe íntegro sea igual o inferior a 40.000 euros”.

Por ello, aquellos premios cuyo importe íntegro exceda de la cuantía del **mínimo exento de 40.000 euros**, deberán tributar por la parte que supere ese importe. Para obtener la cuota íntegra, se aplicará un **tipo del 20 por 100** sobre la base imponible, la cual está formada por el importe que supere ese mínimo exento.

De acuerdo con el apartado 6 de la Disposición Adicional trigésimo tercera de la Ley de IRPF, este premio estará sometido a una **retención del 20 por 100** sobre el importe del premio que exceda de los 40.000 euros exentos, debido a que “la base de la retención o ingreso a cuenta vendrá determinada por el importe de la base imponible del gravamen especial”. En consecuencia, se calculará el porcentaje del 20 por 100 sobre la cantidad de 6.960.000 euros. Por tanto, **la retención coincidirá con la cuota del gravamen especial.**

Es necesario mencionar que este mismo precepto dispone que estos premios no se podrán integrar en la base imponible del IRPF, por lo que Dña. Cristina, en su calidad de contribuyente, estará obligada a presentar una autoliquidación por este gravamen especial. Así, el devengo de este impuesto será el momento en el que satisfaga el premio.

Por último, la consulta vinculante V1007/2019, de 9 de mayo, analiza un caso familiar, determinando que no procederá la autoliquidación por haber sido practicada la retención, debido a que ese *pago a cuenta tiene carácter liberatorio al no integrarse en la base imponible del IRPF los premios previstos en esta disposición adicional*.

A continuación, se muestra el cálculo del importe que le correspondería tanto a la retención como a la autoliquidación de este gravamen especial:

| <i>Gravamen especial Loterías del Estado</i> | |
|--|------------------------------|
| Premio | 7.000.000,00 € |
| Mínimo exento | 40.000 |
| Base Imponible | 6.960.000,00 € |
| Tipo de Gravamen | 20% |
| <i>Cuota Íntegra/ Retención</i> | <i>1.392.000,00 €</i> |

Consecuentemente, **el importe del que dispone Dña. Cristina para invertir asciende a 5.608.000 euros** (diferencia entre 7.000.000 y 1.392.000 euros).

Asimismo, además de la incompatibilidad existente para gravar el mismo hecho imponible en IRPF e ISD, el artículo 3 del Reglamento de ISD prevé expresamente que los premios obtenidos en juegos autorizados, como las loterías, no estarán sujetos a ISD.

Por otro lado, debemos **analizar la supuesta tributación de la aportación del importe resultante del premio** después de impuestos a la sociedad holding, **bien a través de una ampliación de capital social o bien mediante la concesión de un préstamo.**

Con respecto a la primera opción sobre **ampliación de capital**, el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Ley de ITP-AJD), prevé las operaciones sujetas y no sujetas a la modalidad de Operaciones Societarias (en adelante, OS).

En este sentido, recoge como operaciones societarias sujetas “las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social”. Por otro lado, entre las operaciones no sujetas, se encuentran “la ampliación de capital que se realice con cargo a reserva constituida exclusivamente por prima de emisión de acciones”.

De esto se desprende que, como Dña. Cristina pretende realizar una **aportación de dinero mediante una ampliación de capital con cargo a prima de emisión**, esta operación se encuentra **no sujeta a OS**. Por ello, la única implicación que tendrá la operación de ampliación de capital será contable, modificándose el balance, pero sin llegar a producir ninguna alteración patrimonial sujeta a tributación.

En relación con la segunda opción, la cual consiste en aportar una cantidad de dinero a la sociedad holding mediante la **concesión de un préstamo**, dicha operación está **exenta de IVA** en virtud del artículo 20. Uno. 18º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por otro lado, la concesión de un préstamo estaría sujeta a la modalidad de TPO en ITP-AJD, según el artículo 7.1 de la Ley de ITP. Sin embargo, la constitución de un préstamo por un particular como Dña. Cristina estaría **exento en TPO**, como prevé el artículo 45. I. B. 15 de la misma Ley, siempre que no se devenguen intereses.

No obstante lo anterior, esta exención **no exime de la obligación de liquidar el impuesto**, como dictamina la DGT en la consulta vinculante V0246-19, pues se deberá realizar siempre que exista el hecho imponible del impuesto, estando exento o no.

Por tanto, **el importe neto del que dispondría Dña. Cristina para invertir**, una vez disminuida la cantidad abonada en concepto de impuestos, **sería de 5.608.000 euros**, desglosado en los siguientes conceptos:

| | |
|--|-----------------------|
| Premio | 7.000.000,00 € |
| Gravamen especial Loterías | 1.392.000,00 € |
| Exención OS por ampliación de capital | 0,00 € |
| Exención TPO por concesión de préstamo | 0,00 € |
| Importe neto resultante | 5.608.000,00 € |

SEXTA CUESTIÓN. - Tributación por la adquisición de acciones de Repsol, una vez aportado el dinero a la sociedad holding. Confirmar quién sería el sujeto pasivo.

Hay que analizar si la compra de las acciones que Repsol tiene en Bolsa está sometida a tributación en IVA o en ITP-AJD.

En relación con el primer impuesto, **la adquisición de acciones por la sociedad holding estaría sujeta de IVA, pero exenta**, en virtud de lo establecido en el apartado k) del artículo 20. Uno. 18º de la Ley de IVA. Este precepto recoge como exentas las operaciones relativas a acciones, estableciendo como excepción a la exención el depósito y gestión de estos valores. Asimismo, el apartado l) del mismo artículo prevé como exentas la transmisión de los valores dispuestos en el apartado k).

A esta misma conclusión se llega en la consulta vinculante V3362-15, de 2 de noviembre, sobre la exención en IVA. En esta consulta, la DGT desarrolla el artículo 108.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), el cual establece que “la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del IVA y del ITP-AJD”. Este precepto ha sido modificado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, cuyo artículo 314.1 establece el mismo contenido.

Por tanto, dicho precepto no sólo recoge la exención del IVA ya analizada, sino que también dispone la **exención en ITP-AJD**. El único requisito sería que, con la transmisión de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial realizadas en el mercado secundario, se hubiese pretendido evitar el pago de los tributos derivados de la transmisión de inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores. Es decir, que se hubiese pretendido eludir el pago de IVA o de ITP-AJD derivado de la transmisión de inmuebles. En este último caso, se dejaría de aplicar la regla general, aplicando la regla especial, a través de la cual la transmisión de valores tributaría en la modalidad de TPO.

Por todo ello, la adquisición de acciones de Repsol, por ser valores sometidos a negociación, estaría exenta tanto de IVA como de ITP-AJD, en la modalidad de TPO.

En todo caso, a pesar de que esta operación está exenta en ambos impuestos como regla general, en el supuesto de que debiese tributar, el sujeto pasivo de la operación sería la sociedad holding porque es la compradora de las acciones de Repsol.

Adicionalmente, en enero del año 2021 entró en vigor la Ley 5/2020, de 15 de octubre, del **Impuesto sobre Transacciones Financieras**. Como consecuencia de que Repsol es una sociedad anónima cotizada, se aplicará este impuesto de acuerdo con su artículo 1.2, el cual establece que “se aplicará con independencia del lugar donde se efectúe la adquisición y cualquiera que sea la residencia o el lugar de establecimiento de las personas o entidades que intervengan”.

En virtud del artículo 2.1 de la misma norma, se declaran sujetas a este impuesto “las adquisiciones a título oneroso de acciones definidas en los términos del artículo 92 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, representativas del capital social de sociedades de nacionalidad española”. Para ello, será necesario que se cumplan las condiciones previstas en el mencionado precepto, que son:

1. La sociedad debe tener sus acciones sometidas a negociación en un mercado español o de otro estado de la Unión Europea o en un mercado considerado equivalente de un tercer país. En este sentido, las acciones de Repsol cotizan en la Bolsa de Madrid.
2. El valor de capitalización bursátil de la sociedad debe ser superior a 1.000 millones de euros, a día 1 de diciembre del año anterior a la adquisición. De esta forma, el valor de capitalización bursátil de Repsol supera ampliamente ese importe.

En consecuencia, la compra de las acciones de Repsol **cumple con los requisitos del hecho imponible** que establece la norma, por lo que **estaría sujeta a este impuesto**.

Se produce el hecho imponible cuando se cumplan los requisitos expuestos, con independencia del lugar en donde se realice la compra de las acciones. Es decir, **resulta indiferente que la adquisición se efectúe** directamente a través del comprador y del vendedor, o **mediante la intervención de un tercero** (sociedad de valores o sociedad de inversión). Este último sería aplicable a nuestro supuesto porque la compra se realiza a través de un tercero, el Bank of America.

La base imponible de este impuesto es el importe de la contraprestación de las operaciones sujetas al impuesto, sin incluir los costes de transacción derivados de los costes de las infraestructuras de mercado, ni las comisiones de intermediación, ni otro tipo de gastos asociados a la operación. En este caso particular, la **base imponible** es de 3.000.000 euros. A esta cantidad se aplicará un **tipo de gravamen** del 0,2 por 100, como recoge el artículo 7 de la ley.

Por otro lado, el artículo 6 regula quiénes son los contribuyentes y los sujetos pasivos. El contribuyente será el adquirente de los valores gravados por este impuesto. El sujeto pasivo será la empresa de servicios de inversión o entidad de crédito que realice la adquisición por cuenta propia, o en el caso de que la adquisición no se realice a través de una de las anteriores. Consecuentemente, **Bank of America será el sujeto pasivo** por ser la entidad intermediaria, mientras que **la sociedad holding será el contribuyente**. Para finalizar, Bank of America repercutirá ese gasto al realizar la transacción.

SÉPTIMA CUESTIÓN. - Tributación de la adquisición de una S.L. Posibilidad de formar un grupo de consolidación fiscal con posterioridad a la compra del 100 por 100 de las participaciones y qué sociedades pueden formar parte de éste.

Una vez se haya aprobado la transmisión de la empresa de transporte por parte de todos sus socios, pues estos gozan de un derecho de adquisición preferente, se produciría la llamada “venta de la sociedad” mediante la enajenación del 100 por 100 de las participaciones de la sociedad limitada. Así, estaríamos ante una enajenación total, cuyo contrato de compraventa se debería elevar posteriormente a escritura pública, siguiendo lo previsto en el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital.

Asimismo, cuando la **compraventa del 100 por 100 de las participaciones** sociales de una entidad recae en un único comprador, se deberá inscribir en el Registro Mercantil una declaración de unipersonalidad⁶ firmada por el consejo de administración, dentro del plazo de seis meses. Así se establece en el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Capital.

En relación con la tributación de esta operación de compraventa de la totalidad de las participaciones, siguiendo lo dispuesto en el apartado k) del artículo 20. Uno. 18º de la Ley de IVA, las operaciones relativas a participaciones sociales (también a acciones, como hemos analizado) están **exentas de IVA**. Únicamente se exceptúan de la exención el depósito y gestión de estos valores. Asimismo, el apartado l) del mismo precepto recoge la transmisión de los valores dispuestos en el apartado k) como operaciones exentas.

Como hemos analizado anteriormente, la [consulta V3362-15](#) llega a la misma conclusión sobre la exención en IVA. En esta consulta, la DGT desarrolla el artículo 108.1 de la Ley del Mercado de Valores, el cual ha sido modificado en el artículo 314.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Dicho precepto no sólo recoge la exención del IVA, sino que también dispone la **exención en ITP-AJD**. El único requisito sería que, con la transmisión de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial realizadas en el mercado secundario, se hubiese pretendido evitar el pago de los tributos derivados la transmisión de inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores, es decir, el pago de IVA o de ITP-AJD. En este último caso, se dejaría de aplicar la regla general, aplicando la regla especial a través de la cual la transmisión de valores tributaría en la modalidad de TPO.

En conclusión, la compra de la totalidad de las participaciones de la sociedad limitada estaría exenta tanto de IVA como de ITP-AJD, en la modalidad de TPO.

⁶ En esta declaración, la sociedad holding que adquiere la sociedad limitada, derivado de su condición de socio único, declarará que responde de forma personal, solidaria e ilimitada de las deudas sociales que contraiga durante ese periodo de unipersonalidad. Una vez se hubiese inscrito la unipersonalidad, el socio único ya no responderá de las deudas que surjan con posterioridad al hecho que produce dicha situación de unipersonalidad.

Por otro lado, **la sociedad limitada que ha sido adquirida estaría, por regla general, sujeta al Impuestos sobre Sociedades**, derivado de los ingresos que ha recibido por la venta de la totalidad de sus participaciones.

Posteriormente, se podría realizar una **fusión por absorción** de la sociedad limitada adquirida por la sociedad holding, la cual podría ser una operación prevista en el **Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS**, relativo a las operaciones de reestructuración. Para este tipo de operaciones la ley prevé un marco de tributación que neutraliza el efecto impositivo, debido a que no integra en la base imponible de IS las rentas positivas o negativas obtenidas de esas operaciones.

En este sentido, se podría considerar una fusión prevista en el artículo 76.1.c) de la Ley de IS si la entidad transmitiese “el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social”.

El artículo 77 establece que **no se integrarán en la base imponible de IS las rentas derivadas de la transmisión de valores**. Estas participaciones, a pesar de su transmisión de una entidad a otra, se valorarán en términos fiscales igual que en la sociedad transmitente (la sociedad limitada). Es decir, en este régimen especial, se subrogaría la sociedad adquirente/ absorbente en la posición de la sociedad transmitente/ absorbida.

La misma norma dispone, en el artículo 81.1, que los socios de la entidad transmitente (la sociedad limitada) no tributarán por las rentas derivadas de la transmisión de las participaciones de las que eran titulares.

En cambio, los valores recibidos por los socios de la sociedad holding, en virtud de una fusión, se valorarán fiscalmente como los valores que han sido entregados. Esta valoración “se incrementará o reducirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida”.

Así, para poder aplicar este régimen impositivo especial de neutralidad, habrá que comunicar la operación de fusión a la Administración tributaria. Además, en virtud del artículo 89.2 de la misma Ley, **será necesario que la operación realizada no tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal**. De esta forma, este régimen

especial del Capítulo VII 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”.

Por todo ello, si la sociedad holding comunica a la Administración los **motivos económicos válidos** que fundamentan la realización de esta operación, podrá no incluir en la base imponible de IS las rentas derivadas de la transmisión de participaciones o de la fusión. Entre estos, se podrá alegar que, mediante la fusión, se pretende alcanzar una gestión y organización conjunta, unir los servicios administrativos de las dos entidades, o racionalizar las actividades de las entidades que realizan la operación, pero sin la finalidad de conseguir una ventaja fiscal. Cumpliéndose estas condiciones, la operación podrá acogerse a dicho régimen fiscal especial, con el fin de realizar una reorganización de su estructura societaria, fusionando varias entidades.

En relación con el **régimen de consolidación fiscal**, la sociedad holding podría decidir formar un grupo de consolidación fiscal, en el que ella podría ser la sociedad dominante y el resto, las sociedades dependientes. Este grupo fiscal se caracteriza por la consideración a efectos del Impuesto sobre Sociedades como un **único sujeto pasivo** por parte de las distintas sociedades que forman el grupo. De esta forma, será el grupo el que tribute por la suma de las bases imponibles de todas las sociedades que lo integren. Por tanto, este régimen resultará atractivo para aquellos grupos de sociedades en los que existen entidades que generan beneficios y otras que, por el contrario, generan pérdidas. Estos efectos pueden suponer significativos ahorros fiscales para el conjunto de sociedades.

Los requisitos para que una sociedad pueda ser declarada como **dominante** serán los recogidos en el artículo 58.2 de la Ley de IS:

- La entidad dominante debe tener personalidad jurídica.
- Debe estar sujeta y no exenta al IS, o un impuesto análogo.
- Debe poseer un 75 por 100 del capital social de todas las entidades dependientes.

- Debe poseer un 50 por 100 de los derechos de voto de todas las entidades dependientes. Tanto este como el anterior requisito se deben mantener durante todo el periodo impositivo.
- No puede ser dependiente de ninguna otra sociedad que reúna los requisitos para ser la dominante.

Asimismo, para que la sociedad dominante se pueda constituir como la **entidad representante** del resto debe residir en territorio español.

En ese sentido, la sociedad holding cumple todos estos requisitos, por lo que podría designarse como entidad representante, la cual estará sujeta a una serie de obligaciones materiales y formales derivadas del régimen de consolidación fiscal. A pesar de esto, las entidades dependientes también estarán sujetas a las obligaciones tributarias que se derivan del régimen de tributación individual, a excepción del pago de la deuda tributaria.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir las **sociedades dependientes**, son los previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 58 de la Ley de IS:

- Todas deben ser residentes en territorio español, aunque sí podrían ser entidades residentes en territorio español pero dependientes de una sociedad extranjera.
- Deben estar sujetas y no exentas al IS, o un impuesto análogo.
- Sobre la que la entidad dominante debe cumplir los requisitos de participación y mantenimiento de la participación, así como cumplir la posesión de la mayoría de los derechos de voto.
- Deben tributar al mismo tipo de gravamen que la entidad representante.
- Deben tener el mismo ejercicio social que la entidad representante.
- No pueden formar parte del grupo las sociedades que hayan decidido aplicar el régimen fiscal especial de las Sociedades Cotizadas Anónimas de Inversión Inmobiliaria (o SOCIMI).
- Por último, una sociedad dependiente no puede haber sido declarada en situación de concurso al cierre del ejercicio, ni estar incurso en una situación de desequilibrio patrimonial por pérdidas. Esta situación de desequilibrio patrimonial se produce cuando su patrimonio neto se vea reducido a menos de la mitad de su

capital social, salvo que se supere esta situación a la conclusión del ejercicio en el que se aprueben las cuentas.

Si se produjese la situación de desequilibrio patrimonial en una entidad dependiente, esta situación deberá ser superada pues, de lo contrario, deberá ser excluida del grupo fiscal.

Por ello, **la sociedad limitada adquirida por la holding podrá pertenecer al grupo fiscal** ya que cumple todos los requisitos, como ser residente en territorio español y estar participada en un 100 por 100 por la sociedad holding.

En cambio, no podrán formar parte del grupo fiscal ni la Sociedad A1 ni la Sociedad D3, puesto que la sociedad holding no el requisito de poseer el 75 por 100 del capital social de estas sociedades ni cumpliría el 70 por 100 que también permite la LIS. Esto se debe a que, como resultado de la participación indirecta de la holding en estas entidades, en la Sociedad A1 posee el 20 por 100 del capital social, mientras que en la Sociedad D3 posee el 67,5 por 100 (resultado de multiplicar 90% por 75%).

Consecuentemente, la sociedad holding podrá formar un grupo de consolidación fiscal con todas las entidades operativas, incluyendo la sociedad limitada adquirida, pero exceptuando a la Sociedad A1 y a la Sociedad D3.

Siguiendo con el análisis, una de las diferencias más importantes entre formar un grupo de consolidación fiscal o no es la forma de pago de la deuda tributaria. Como establece el artículo 56 de la Ley de IS, formar parte de un grupo fiscal permite que el contribuyente del Impuesto sobre Sociedades sea el grupo fiscal, y no cada sociedad individual de forma independiente. Además, se les obligará a formular cuentas anuales consolidadas.

Por otro lado, como es un régimen de aplicación voluntaria, su aplicación la deben aprobar todas y cada una de las sociedades que deban integrar el grupo, adoptándose dicho acuerdo por el Consejo de Administración. Este acuerdo deberá adoptarse antes del inicio del periodo impositivo inmediato anterior a aquel en el que se vaya a aplicar el régimen, produciendo sus efectos cuando no hayan sido impugnados o no sean susceptibles de impugnación. Como parte de las obligaciones formales de la entidad representante, ésta será la encargada de comunicar a la Administración tributaria los acuerdos adoptados por

todas las sociedades. Este régimen se aplicará indefinidamente durante los periodos impositivos siguientes, siempre que se sigan cumpliendo los requisitos y no se renuncie al mismo.

Para finalizar, cuando una **nueva sociedad se integre al grupo fiscal con posterioridad a su creación**, como sería el caso de la sociedad limitada adquirida, esta última deberá cumplir los anteriores requisitos y obligaciones con anterioridad al día en el que concluya el primer periodo impositivo en el que deban tributar en el régimen, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley de IS. Como hemos mencionado anteriormente, la sociedad limitada adquirida por la holding podría pertenecer al grupo fiscal porque cumple todos los requisitos.

En el supuesto de que hubiese una falta de acuerdo para ingresar en el grupo fiscal con posterioridad, constituirá una infracción tributaria grave de la entidad representante, pero sin impedir la efectiva integración en el grupo de las sociedades afectadas. En el caso de que se incumplan las obligaciones relativas sobre cómo adoptar el acuerdo de inclusión o el incumplimiento sobre la comunicación del acuerdo a la Administración tributaria, constituirán también una infracción tributaria grave de la entidad representante, pero sin impedir tampoco que las entidades afectadas formen parte del grupo fiscal. En este sentido, la infracción tributaria grave no supone ni la exclusión de la entidad afectada del grupo ni la pérdida del régimen de consolidación fiscal.

La sanción a la que estará sometida la entidad representante consistirá en 20.000 euros en el primer periodo impositivo, y 50.000 euros en el segundo y siguientes periodos impositivos. Por ello, se ha eliminado la posibilidad de impedir la aplicación del régimen por falta de acuerdos cuando se mantenía dos años después de la conclusión del primer periodo impositivo en el que las entidades debían tributar en el régimen de consolidación fiscal. Todo esto se encuentra recogido en el artículo 61 de la Ley de IS.

OCTAVA CUESTIÓN. - Estructura de financiación recomendada para la sociedad holding (fondos propios o deuda) para adquirir el 100 por 100 del capital social de la S.L. Si se escogiese la financiación mediante deuda, posibles limitaciones a la deducibilidad de gastos financieros.

Ante una operación de adquisición de participaciones sociales, en este caso del 100 por 100 de las participaciones de una sociedad limitada, es necesario analizar **cuál es la estructura de financiación más apropiada** para esta operación. Debemos estudiar qué forma de financiación posee un **coste fiscal menor** total, entre la utilización de fondos propios de la sociedad holding o la emisión de deuda.

La principal diferencia entre estas dos estructuras de financiación es la **deducibilidad en la declaración de IS de los gastos financieros derivados de la emisión de deuda**, los cuales consistirán en intereses devengados como consecuencia de la concesión de un préstamo por una entidad financiera. Por tanto, la utilización de fondos propios no produce ningún efecto en la declaración del impuesto. Consecuentemente, dado que se pueden deducir los gastos financieros derivados de intereses que deba abonar por el préstamo otorgado por un banco, sería más aconsejable en términos económicos utilizar la emisión de deuda como estructura de financiación.

Sin embargo, esta deducibilidad de gastos financieros no es ilimitada, sino que existe un límite establecido en el artículo 16 de la Ley de IS. **Con carácter general, el límite a los gastos financieros netos se sitúa en el 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio**, el cual se calcula sobre la diferencia entre los ingresos financieros y los gastos financieros, derivados de la cesión de capitales propios a terceros.

Para calcular el importe resultante del beneficio operativo habrá que practicar una serie de correcciones al resultado de explotación, obtenido de la cuenta de pérdidas y ganancias, reduciéndose ese resultado en el importe de la amortización, la imputación de subvenciones de inmovilizado financiero, o el deterioro y resultado de enajenaciones del inmovilizado. Por último, el resultado de explotación se incrementará en el valor de los dividendos, siempre que el porcentaje de participación sea superior al 5 por 100 o el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros.

En todo caso, aunque resulte aplicable el límite del 30 por 100, **se permite la deducibilidad** de los gastos financieros netos devengados en el periodo impositivo **por la cantidad de 1 millón de euros**.

Por todo ello, estos gastos **reducirán la base imponible del IS**. Sin embargo, el exceso no será deducible, debiendo realizar un ajuste extracontable positivo. Asimismo, se podrán trasladar a los periodos impositivos siguientes, sin límite temporal, aquellos gastos que no hayan podido ser objeto de deducción en ese periodo, cuya deducibilidad está sujeta al mismo límite.

Por otro lado, al amparo del artículo 83 de la Ley de IS, en relación con el apartado 5 del artículo 16, existe un **primer límite adicional** a la deducibilidad de determinados gastos financieros cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Los gastos financieros deben proceder de deudas contraídas con el objeto de financiar la adquisición de participaciones en el capital de cualquier entidad, con independencia del porcentaje de participación adquirido, su valor de adquisición, o en dónde reside la entidad.
- La entidad adquirente debe fusionarse con cualquier otra entidad en los cuatro años posteriores a la adquisición de participaciones, sin importar si aplica o no el régimen fiscal especial.

Por tanto, ese límite adicional a la deducibilidad de los gastos financieros “destinados a la adquisición de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 83, **se aplicará cuando se produzca una fusión por absorción de la entidad adquirida por la sociedad holding**, con independencia de si se aplica el régimen especial de neutralidad fiscal o no. El límite aplicable será del 30 por 100 sobre el beneficio operativo de la entidad adquirente de las participaciones (la sociedad holding), sin importar el beneficio operativo de la sociedad adquirida. Sin embargo, no se podrá incluir en el beneficio operativo el beneficio correspondiente a la entidad que se fusione con ella en los cuatro años posteriores a esa adquisición, cuando se aplique el régimen fiscal especial para operaciones de reestructuración. En cambio, estos gastos sí se tendrán en cuenta en el límite establecido en el mencionado artículo 16.1.

Asimismo, los gastos financieros que no hayan podido ser deducibles en un ejercicio, podrán ser deducibles en los periodos impositivos siguientes con el límite, igualmente, del 30 por 100.

Este límite adicional se aplica aunque el importe del gasto financiero no exceda de 1 millón de euros. Además, para calcular si los gastos superan o no el límite de la entidad, se incluyen tanto los gastos financieros netos de la entidad adquirente para la aplicación del límite general como los gastos financieros deducibles para aplicar el límite adicional.

A pesar de todo, este límite adicional no resultará de aplicación si:

- En el año de la adquisición de las participaciones, menos del 70 por 100 del precio de adquisición se ha financiado con deuda.
- En los ocho años siguientes, el importe de la deuda se reduce de forma proporcional hasta alcanzar menos del 30 por 100 del precio de adquisición.

Esto significa que, como máximo, el 30 por 100 del precio de adquisición de las acciones se puede haber financiado de otra forma en el año de adquisición debido a que, si es superior, el límite señalado no se podrá aplicar en el periodo impositivo en el que se adquieran tales participaciones. Por ello, esta excepción únicamente se podrá aplicar si la operación de reestructuración ocurre en el mismo periodo impositivo en el que se adquiere la participación. Sin embargo, si la operación de reestructuración se realizase en un ejercicio posterior al de adquisición de la participación, la mencionada excepción se aplicaría a los periodos impositivos posteriores en los que se sigan cumpliendo los requisitos necesarios para la exclusión de este límite.

Existe, asimismo, un **segundo límite adicional** para **deducir el gasto financiero derivado de una deuda destinada a adquirir una participación en el capital social de una entidad, la cual posteriormente se incorporará a un grupo de consolidación fiscal**. Ese límite de deducción será del 30 por 100 sobre el beneficio operativo de la entidad o grupo fiscal que adquiera las participaciones, como establece el artículo 67.b de la Ley de IS. Para ello, hay que tener en cuenta las correspondientes eliminaciones e incorporaciones sobre las operaciones internas que se hayan llevado a cabo dentro del grupo fiscal. Sin embargo, no se podrá incluir en ese beneficio operativo el obtenido en

la sociedad adquirida o en cualquier otra entidad que también se incorpore al grupo fiscal en los cuatro periodos impositivos posteriores a dicha adquisición. Se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Se debe producir un endeudamiento de la entidad adquirente con terceros, el cual puede ocurrir en el periodo impositivo en el que las entidades formasen parte de un grupo de consolidación fiscal o, por el contrario, en un periodo impositivo anterior, cuando tales entidades formen un grupo fiscal con posterioridad. Este último supuesto sería el aplicable a nuestro caso ya que cuando se aplicase este límite adicional, todavía no se habría formado el grupo de consolidación fiscal con la sociedad holding como dominante.
- La deuda debe destinarse a la financiación de la adquisición de participaciones del capital social de la entidad adquirida.
- Tanto la entidad adquirida como cualquier otra que se integre en el grupo fiscal deben hacerlo en los cuatro años siguientes a la adquisición de la participación con endeudamiento.

Por tanto, también se admite un límite adicional para deducir los gastos financieros derivados de la adquisición de participaciones de la sociedad limitada cuando se produzca la consolidación de la sociedad adquirida con la entidad adquirente en los cuatro años siguientes a dicha adquisición.

Además, como ocurre con los otros límites, cuando el gasto financiero supere este límite adicional, el exceso de gasto será deducible en los siguientes periodos impositivos.

Adicionalmente, para que se aplique este límite adicional, debe ocurrir lo siguiente:

- En el año de la adquisición de participaciones, como mínimo, el 70 por 100 del precio de adquisición se debe haber financiado con deuda.
- En los ocho años siguientes, el importe de la deuda se debe reducir de forma proporcional hasta alcanzar el 30 por 100 del precio de adquisición.

En este sentido, la deuda debe ser superior al 70 por 100 del precio de adquisición de la participación en el momento de su adquisición, para poder aplicar el límite adicional a la deducibilidad de los gastos financieros.

En conclusión, **si se cumplen los requisitos para aplicar alguno de los límites adicionales**, como ocurriría si la sociedad holding decidiese formar posteriormente un grupo de consolidación fiscal, **se podría aplicar un doble límite**. Esto produciría la deducibilidad de los gastos financieros derivados de la adquisición de participaciones de hasta un 60 por 100 sobre el beneficio operativo de la entidad holding.

En cambio, **si la sociedad holding decidiese optar por una estructura de financiación basada en fondos propios, no tendría derecho a deducir en la base imponible de IS ningún gasto** en referencia con la operación de adquisición de participaciones sociales. Por ello, en función del importe del préstamo concedido y del valor del beneficio operativo, la emisión de deuda podría tener un coste fiscal de cero, teniendo en cuenta además que no asumiría el riesgo derivado de todas las operaciones de financiación porque ese riesgo lo asumiría exclusivamente la entidad bancaria.

NOVENA CUESTIÓN. - Implicaciones fiscales en sede de la Sociedad D de los dividendos recibido de sociedades situadas en Estados Unidos e Italia. Tratamiento fiscal de la venta de la filial de Estados Unidos en 2023.

En primer lugar, debemos analizar tanto el Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos (en adelante, EE.UU), como el Convenio para evitar la doble imposición entre España e Italia, con el objetivo de conocer la licitud o ilicitud de las retenciones practicadas en Estados Unidos e Italia.

Ambos establecen que estos textos se aplican a las personas (físicas o jurídicas) que residan tanto en uno de los Estados contratantes como en ambos.

En concreto, el **Convenio entre España y EE.UU**, ratificado el 22 de febrero de 1990, regula las relaciones entre los dos Estados. Sin embargo, el artículo IV del Protocolo realizado el 14 de enero de 2013 modifica el apartado 1 del artículo 10 del Convenio de 22 de febrero de 1990, referente a los dividendos. De esta forma, ambos disponen 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, **los dividendos repartidos por la sociedad estadounidense a la sociedad española estarán sometidos a imposición en España.**

A pesar de esto, el apartado 2 de ese mismo artículo prevé que **esos dividendos también se podrán someter a tributación en el Estado contratante en el que reside la entidad que los paga.** Sin embargo, existe una excepción por el que, aunque los dividendos se paguen en EE.UU, el beneficiario efectivo de éstos será la sociedad española (Sociedad D), por lo que el impuesto exigido en EE.UU no podrá ser superior a:

- El 5 por 100 del importe bruto de los dividendos cuando el beneficiario efectivo sea una sociedad que sea titular, como mínimo, del 10 por 100 de las acciones de la entidad que paga los dividendos.
- O, en cambio, el 15 por 100 del importe bruto en el resto de casos.

Por ello, como la Sociedad D, que es la beneficiaria efectiva de los dividendos, posee un 25 por 100 de la sociedad de EE.UU, el importe sometido a tributación en EE.UU no podrá ser superior al 5 por 100 del importe bruto.

En conclusión, puede existir alguna retención sobre los dividendos a la Sociedad D en el país de origen, pero no sobre las ganancias por venta de participaciones. Como le han retenido en EE.UU un 10 por 100 de los dividendos que debería obtener de su participación en una sociedad estadounidense, esa retención en origen podría ser incorrecta, como consecuencia de que es superior a la establecida en el Convenio para evitar la doble imposición. En su lugar, la retención debería haber sido del 5 por 100.

Con respecto al **Convenio entre España e Italia**, ratificado el 10 de abril de 1978, su artículo 10.2 establece que el gravamen de los dividendos que se produzca en el Estado en el que resida la sociedad que los pague, no podrá superar el 15 por 100 del importe bruto de los dividendos que vaya a recibir la entidad española.

En este sentido, la retención practicada en Italia del 4 por 100 sobre los dividendos sería correcta, siguiendo lo señalado en el Convenio para evitar la doble imposición entre España e Italia. Así, no llega a superar el límite establecido en dicho Convenio.

Como todas estas retenciones son independientes de las practicadas en España, la legislación prevé mecanismos para evitar la doble imposición.

Asimismo, es necesario mencionar que la mayoría de Convenios para evitar la doble imposición siguen lo establecido en el Modelo de Convenio multilateral de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos). Éste prevé en su artículo 10 que la tributación en el Estado de origen de los dividendos no podrá exceder, por regla general, del 15 por 100. En particular, si la sociedad española posee al menos un 25 por 100 del capital social de la entidad que paga los dividendos, esa tributación en el Estado de origen de los dividendos no podrá ser superior al 5 por 100. De esta forma, el Convenio entre España e Italia sigue la regla general y el Convenio entre España y EE.UU la regla especial, pero permitiendo un participación en la capital social menor.

PRIMERO: Implicaciones fiscales en España de los dividendos recibidos.

Con el fin de recuperar las cantidades por las que la Sociedad D ha tributado en origen, le corresponderá a España, por ser el país de residencia del contribuyente, la eliminación de la doble imposición. Para ello, habrá que atender a los mecanismos para evitar la doble imposición previstos en los Convenios entre países y en la legislación interna española.

El artículo 24.1.b) Convenio entre España y EE.UU recoge las deducciones para evitar la doble imposición en España, así como el artículo 22.3 del Convenio entre España e Italia.

Por su parte, en la legislación interna española existen **dos mecanismos para hacer frente a la doble imposición extranjera.**

En primer lugar, la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece en el **artículo 21.1 un mecanismo de exención para evitar la doble imposición**, como consecuencia de que **dos sujetos pasivos** (la Sociedad D y la sociedad de EE.UU o de Italia) **han visto gravada una misma renta derivada de la obtención de dividendos**. Este mecanismo se puede aplicar tanto a dividendos nacionales como extranjeros. En este sentido, existen una serie de requisitos para poder aplicar la exención:

- La participación que posee la Sociedad D en las sociedades extranjeras debe ser superior al 5 por 100 del capital social, o con un coste de adquisición mínimo de 20 millones de euros.
- Dicha participación en el capital social debe tener una antigüedad, como mínimo, de un año. Si no, se deberá poseer con posterioridad hasta cumplir dicho plazo.
- En cuanto a las entidades no residentes en España, la entidad extranjera debe estar sujeta y no exenta a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS, con un tipo de gravamen mínimo del 10 por 100. Por regla general, esto ocurre cuando existe un convenio para evitar la doble imposición.

A pesar de esto, debemos mencionar que desde el 1 de enero de 2021 ya no se aplica esta exención a la totalidad de los rendimientos gravados en el extranjero, sino que se ha limitado al 95 por 100. Esto significaría que, en todo caso, los dividendos obtenidos en el extranjero serán gravados en un 5 por 100 en España a pesar de la exención.

Sin embargo, **en este caso no se aplicaría la limitación a la exención, aplicándose la exención al 100 por 100** porque la modificación de la normativa entró en vigor el 1 de enero de 2021⁷, limitándose la exención aplicable a los dividendos extranjeros que se perciban a partir de ese momento.

En definitiva, la Sociedad D recibió los dividendos procedentes de EE.UU en el año fiscal de 2020, concretamente el día 31 de diciembre de 2020, por lo que no cabría la aplicación a la limitación de la exención en este caso.

Adicionalmente, queremos señalar también que, en el supuesto en el la Sociedad D percibiese dividendos se percibiesen a partir del 1 de enero de 2021, se ha regulado una excepción a la aplicación de esa limitación. En este sentido, “con la finalidad de permitir el crecimiento de las empresas que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 40 millones de euros” se exceptúa de la limitación a la exención.

⁷ Modificación introducida por la Ley 11/2020, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

Por otro lado, los **artículos 31 y 32** de la Ley de IS recogen un **mecanismo de deducción para eliminar la doble imposición**. El artículo 32 tratará de corregir la doble imposición económica, por la que una misma renta tributa en dos Estados por dos sujetos diferentes, mientras que el artículo 31 intentará corregir la doble imposición jurídica, por la que una misma renta se grava en dos Estados distintos.

Por regla general, se aplicará el artículo 32 como mecanismo para imputar y deducir la renta gravada en el extranjero, a pesar de que se deberá aplicar conjuntamente con el artículo 31 cuando se trate de dividendos obtenidos en el extranjero. Para ello, también será necesario el cumplimiento de los requisitos del artículo 32:

- La participación que posee la Sociedad D en las sociedades extranjeras debe ser superior al 5 por 100 del capital social, o con un coste de adquisición mínimo de 20 millones de euros.
- Dicha participación en el capital social debe tener una antigüedad, como mínimo, de un año. Si no, se deberá poseer con posterioridad hasta cumplir dicho plazo.

Esta deducción no puede exceder de la cuota íntegra que le correspondería pagar en España si esos dividendos se hubiesen obtenido en territorio español. Además, las cantidades que no se puedan deducir en un periodo impositivo, por insuficiencia de cuota íntegra, podrán deducirse en los siguientes años sin límite temporal.

En consecuencia, vamos a analizar concretamente las dos posibilidades previstas en la Ley de IS para evitar la doble tributación, en base a la siguiente información suministrada:

| <i>Concepto</i> | <i>Sociedades</i> | |
|---|-------------------|--------------|
| | <i>Italia</i> | <i>EE.UU</i> |
| <i>Participación</i> | 3% | 25% |
| <i>Adquisición</i> | 18/3/20 | 1/3/20 |
| <i>Precio</i> | 80.000,00 € | 100.000,00 € |
| <i>Dividendo bruto repartido en diciembre de 2020</i> | 10.000,00 € | 40.000,00 € |
| <i>Retención</i> | 4,00% | 10,00% |
| <i>Tipo general IS</i> | 24,00% | 21,00% |
| <i>¿Se aplica la exención por doble imposición?</i> | NO | SI |

1. Con respecto al **mecanismo de exención del artículo 21**, la cantidad retenida en EE.UU e Italia tendrían la consideración de ingresos exentos. Para ello, se deberá realizar un ajuste para que no forme parte de la base imponible, restando la cantidad retenida en el extranjero al resultado contable de la Sociedad D.

En cuanto a los requisitos exigidos:

- La Sociedad D posee el 25 por 100 del capital social de la sociedad de EE.UU. En cambio, posee exclusivamente el 3 por 100 de la entidad domiciliada en Italia. Como es necesario que, como mínimo, la sociedad española posea el 5 por 100 del capital social, la entidad italiana no cumpliría este requisito.
- Es necesario que la participación se mantenga durante un año como mínimo. En este sentido, la Sociedad D adquirió las participaciones el 1 de marzo de 2020, por lo que en la fecha de devengo de IS (por regla general, el 31 de diciembre de 2020) no cumpliría este requisito. Sin embargo, la norma prevé que, cuando no se cumpla dicho periodo, se podrá cumplir el requisito si se mantiene la participación hasta que cumpla dicho año. Por ello, la Sociedad D deberá mantener su participación en la sociedad de EE.UU hasta, por lo menos, marzo de 2021.
- Por último, la entidad extranjera debe estar sujeta y no exenta a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a IS, con un tipo de gravamen mínimo del 10 por 100. Como el tipo general de IS en EE.UU es del 21 por 100, también se cumpliría este requisito.

Por tanto, **estos requisitos únicamente se cumplen para la sociedad de EE.UU, por lo que sólo ésta podría utilizar el mecanismo de exención para la cantidad retenida.**

El cálculo de la exención se realizará mediante la no inclusión en la base imponible de la Sociedad D de la renta que ha sido gravada en EE.UU.

2. Por su parte, el **mecanismo de deducción del artículo 32** prevé la inclusión de la cantidad retenida en el extranjero en la base imponible de IS de la Sociedad D. A continuación, se restará la deducción por doble imposición internacional a la cuota íntegra, cuyo importe será el abonado en el extranjero o el que se habría pagado en España por el mismo concepto, en el supuesto de que fuese menor.

En cuanto a los requisitos exigidos:

- Siguiendo lo analizado en el mecanismo anterior, la Sociedad D únicamente cumple el requisito de poseer más del 5 por 100 del capital social en la sociedad de EE.UU. En concreto, posee el 25 por 100 de dicha entidad. Por ello, no se podría aplicar esta deducción as retenciones practicadas en Italia.
- Asimismo, como consecuencia de que, desde la adquisición de la participación en la sociedad de EE.UU, no ha transcurrido un año todavía, la Sociedad D deberá mantener dicha participación hasta, por lo menos, marzo de 2021.

Consecuentemente, **únicamente las retenciones practicadas en la sociedad de EE.UU pueden ser objeto de deducción por doble imposición internacional.**

Sin embargo, en este caso **se aplicará de forma conjunta la deducción prevista en los artículos 32 y 31,** como consecuencia de que en el supuesto planteado se retiene una cantidad determinada sobre los dividendos repartidos por una sociedad extranjera, la cual ha tributado en el extranjero y va a volver a tributar en España. Los dividendos no son gastos deducibles en IS, por lo que tributarán primero en la sociedad que los reparte en concepto de beneficios antes de impuestos. Posteriormente, el socio que perciba los dividendos (la Sociedad D en este caso)

tributará también por esa cantidad. Por tanto, dichos dividendos han estado gravados dos veces en IS, en sede de la sociedad que los reparte y en sede de la entidad que los recibe.

En este sentido, se incluirá en la base imponible de IS el importe íntegro de los dividendos, simulando que no han tributado en el extranjero (en este caso, EE.UU). A continuación, cuando se calcule la cuota de la sociedad española que ha recibido los dividendos, se deberá deducir tanto la cuota soportada en el extranjero (EE.UU) como el importe relativo a IS que ha soportado la cantidad recibida, como consecuencia de no haber sido considerada como gasto deducible en la sociedad extranjera.

Por tanto, únicamente las retenciones practicadas en la sociedad de EE.UU pueden ser objeto de exención o deducción por doble imposición internacional.

Sin embargo, el importe objeto de deducción tiene un límite, debido a que no puede superar el importe que se habría pagado en España por el mismo concepto. Como la retención pagada en EE.UU fue del 10 por 100 de los dividendos, y en España hubiese sido del 19 por 100, **se podría deducir la cantidad total retenida.**

En conclusión, **el importe retenido en Italia**, en sede del origen de los dividendos repartidos, **se considerará un gasto que la Sociedad D no podrá recuperar** porque no cumple los requisitos para aplicar los mecanismos para evitar la doble imposición internacional. Consecuentemente, volverá a tributar en España por los dividendos recibidos.

Por su parte, **la Sociedad D podrá aplicar el método de exención o de imputación/ deducción sobre la cantidad total que le fue retenida en EE.UU.** En concreto, la cantidad retenida fue 4.000 euros (10 por 100 de 40.000 euros en concepto de dividendos).

Por otro lado, el apartado 17 del artículo 128. 4 de la Ley de IS dispone como rentas no sujetas a retención en España los dividendos que puedan practicar la exención para evitar la doble imposición. A pesar de esto, este precepto también establece que, cuando se cumpla a posteriori el plazo de mantenimiento de la participación en la sociedad

extranjera, procede aplicar la retención sobre los dividendos hasta que no se cumpla el plazo de tenencia.

Con el fin de aplicar el mecanismo más beneficioso en términos fiscales en la liquidación de IS de la Sociedad D, cuando el tipo de gravamen extranjero se encuentra entre el 10 por 100 y el 25 por 100, siendo menor que el tipo español, **interesa aplicar el método de la exención**. Si el tipo estadounidense fuese del 25 por 100 o más, sería indiferente qué mecanismo aplicar porque se seguiría aplicando el tipo menor, que sería el tipo español.

En consecuencia, **resulta más beneficioso aplicar el método de la exención**.

SEGUNDO: Tratamiento fiscal de la venta de la filial de Estados Unidos.

La transmisión de la filial de Estados Unidos en el año 2023 a través de una operación de venta producirá una plusvalía derivada de la transmisión, la cual podrá estar sometida a tributación en España.

Sin embargo, como hemos analizado para la obtención de dividendos procedentes de la sociedad de EE.UU, las ganancias obtenidas por la transmisión de las participaciones de la filial **estarán exentas de tributación en España para evitar la doble imposición**, en virtud del artículo 21 de la Ley de IS.

Esto implica que si se cumplen los requisitos establecidos en dicho precepto sobre participación mínima del 5 por 100 (en este caso, 25 por 100), tiempo de tenencia de un año (aquí, de tres años) y sobre el tipo de gravamen mínimo en EE.UU (del 21 por 100, en este caso), **las ganancias obtenidas por la Sociedad D española por la venta de sus participaciones en la sociedad de EE.UU también podrían disfrutar de esa exención**, como consecuencia del análisis que hemos realizado previamente.

Asimismo, disfrutarán de la exención las ganancias que corresponden a los beneficios obtenidos y no distribuidos durante el tiempo de tenencia de las participaciones, así como el exceso sobre esos beneficios.

En el supuesto de que la venta genere pérdidas en la Sociedad D, ésta podrá incluirlas en su declaración de IS. Sin embargo, dicha renta negativa se deberá reducir en el importe de los dividendos que hubiesen recibido de la sociedad de EE.UU a lo largo de los años y que hubiesen podido aplicar la exención por doble imposición.

Por otro lado, como resultado de la existencia de los convenios para evitar la doble imposición entre países, se permite la existencia de alguna retención a la Sociedad D sobre los dividendos en el país de origen. Por el contrario, no podrán existir retenciones en el país de origen (EE.UU) sobre las ganancias por venta de participaciones.

En contraposición a lo analizado previamente sobre la obtención de dividendos por la sociedad española, en este caso **sí cabría aplicar la limitación a la exención** para evitar la doble imposición. En este sentido, desde el 1 de enero de 2021 existe un límite a la exención del 95 por 100, por lo que la Sociedad D estaría obligada a incluir en la declaración del IS los dividendos y plusvalías obtenidos, en el supuesto de que dicha limitación siguiese en vigor en el año 2023.

En definitiva, **la ganancia obtenida de la venta de la filial estadounidense únicamente tributará en España por el 5 por 100 de dicha ganancia**, además de la tributación de la que haya sido objeto de gravamen en EE.UU.

DÉCIMA CUESTIÓN. - Efectos de realizar ventas entre compañías vinculadas a precios fuera de mercado. Posibilidad de acogerse al régimen de consolidación fiscal.

Al amparo del artículo 18 de la Ley de IS, “**las operaciones entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado**”. Este valor se determinará siguiendo lo acordado por personas o entidades independientes bajo condiciones que respeten la libre competencia. El apartado 2 del mencionado precepto recoge como entidades vinculadas, entre otras, las siguientes:

- Dos entidades que pertenecen a un mismo grupo.
- Dos entidades que tengan los mismos socios, sus cónyuges o personas unidas por una relación de parentesco en línea directa por consanguinidad, participen como

mínimo en un 25 por 100 del capital social o los fondos propios, de forma directa o indirecta.

Consecuentemente, **las transacciones realizadas entre la Sociedad D1, la Sociedad D2 y la Sociedad D3** (entre ellas, compraventas de existencias o prestaciones de servicios de asesoramiento de mercados y servicios publicitarios) **tendrán la consideración de operaciones vinculadas**. Esto se debe a lo siguiente:

- Por un lado, si ya se hubiese formado el grupo de consolidación fiscal a través de la constitución de una sociedad holding, se englobarían en el primer supuesto.
- Por otro lado, en el caso de que no se hubiese formado ya el grupo fiscal, D. Abel seguiría siendo el socio mayoritario de todas ellas, pues participa en más del 25 por 100 del capital social de las tres entidades. Concretamente, derivado de la información suministrada, D. Abel posee el 100 por 100 de la Sociedad D1, el 90 por 100 de la Sociedad D2 y el 75 por 100 de la Sociedad D3.

En consecuencia, **las transacciones realizadas entre la Sociedad D2 y la Sociedad D3 deberán valorarse a través de precios de mercado** puesto que, de lo contrario, estarían asumiendo un importante **riesgo fiscal** al realizar operaciones a precios fuera de mercado. Por ello, el apartado 3 del mismo precepto dispone la **obligación para las entidades vinculadas de mantener documentación específica** a disposición de la Administración tributaria, la cual se establece en los artículos 13.2 y 16 del Reglamento de IS, con el fin de poder justificar que las transacciones realizadas han sido valoradas a precios de mercado. También podrá solicitar a la Administración que valore las operaciones con carácter previo a su realización para evitar futuras comprobaciones.

En este sentido, como recoge el apartado 10, **la Administración tributaria tiene la potestad para comprobar** si las operaciones entre entidades vinculadas han sido valoradas a precios de mercado, pudiendo efectuar las **correcciones** que determinen y **sancionarles** por ello. Por tanto, ese riesgo fiscal se produce al comprobar las operaciones vinculadas, llevándose a cabo mediante un procedimiento iniciado al obligado tributario que sea objeto de comprobación. En el supuesto de que la comprobación determine que el precio convenido es distinto del valor de mercado, el tratamiento fiscal de esto se corresponderá con la naturaleza de las rentas que se hayan puesto de manifiesto por la diferencia ente el valor convenido y el valor de mercado. La corrección administrativa determinará un ajuste en la base imponible del periodo impositivo en el que se haya

realizado la transacción. Por tanto, no es una corrección automática, sino que es necesario que no haya prescrito el derecho de actuación de la Administración sobre el periodo impositivo en el que se realizó la operación. Asimismo, la corrección podrá suponer la imposición de sanciones, recargos o intereses de demora.

En cuanto a la **posibilidad de acogerse al régimen de consolidación fiscal**, las transacciones que sigan realizando entre ellas seguirán debiendo valorarse a precios de mercado. Esto se debe a que **las operaciones entre dos entidades de un mismo grupo fiscal tendrán la consideración de vinculadas**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley de IS.

Para que exista un grupo, es necesario que una sociedad dominante ostente el control de otras entidades, con independencia de su residencia o de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Uno de los **beneficios** de formar un grupo de consolidación fiscal es que, cuando las entidades que lo formen realicen operaciones, **a ninguna de ellas les será exigible que mantengan documentación específica** a disposición de la Administración tributaria (tanto al grupo como a cada una de las sociedades). Esto supone una ventaja frente al resto de operaciones realizadas entre entidades vinculadas. Sin embargo, esta excepción a la regla general no exime del cumplimiento de la obligación de valorar las operaciones entre entidades vinculadas a precios de mercado.

En el caso de posibles **inconvenientes**, se aplicará un plazo mayor para las actuaciones del procedimiento inspector. En lugar del plazo general de 18 meses, las actuaciones de inspección concluirán en el plazo de 27 meses cuando se realicen a grupos de consolidación fiscal o a varias entidades vinculadas. Por tanto, este inconveniente se aplicaría únicamente cuando las actuaciones inspectoras se iniciasen contra varias entidades vinculadas, no sólo a una de ellas, o cuando se iniciasen contra un grupo fiscal.

En consecuencia, **con respecto a si les interesaría formar un grupo de consolidación fiscal, sí que les interesaría**. Esto se debe exclusivamente a que, derivado de la información suministrada, tanto la Sociedad D1 como la Sociedad D2 obtienen beneficios

y bases imponibles positivas, mientras que la Sociedad D3 obtiene regularmente bases imponibles negativas, por lo que cabría **compensar las bases imponibles positivas con las negativas**. Este mecanismo únicamente está previsto para los grupos que consolidan fiscalmente, mediante la realización de cuentas consolidadas por la sociedad dominante. Para ello, se incluirán las bases imponibles individuales de las sociedades que integran el grupo, permitiendo la compensación de unas bases imponibles con otras.

Además, el artículo 64 de la Ley de IS recoge la **eliminación de resultados por operaciones internas en la base imponible individual de cada entidad**. Es decir, se eliminará el importe total de las operaciones internas llevadas a cabo entre dos entidades que formen parte del grupo (como en este caso, la Sociedad D2 y la Sociedad D3), **hasta que se realicen frente a terceros ajenos al grupo**. Este será el supuesto aplicable porque la Sociedad D2 vende existencias a la Sociedad D3, por lo que las transacciones entre ambas entidades deberán eliminarse de sus bases imponibles hasta que alguna de ellas venda dichas existencias a un tercero ajeno al grupo, que será cuando se incorporen al periodo impositivo en el que se realice la venta frente a terceros.

De esta manera, las operaciones intragrupo que no generen renta a nivel de grupo consolidado no son objeto de eliminación en cada base imponible individual. Por tanto, será indiferente si el valor de estas operaciones es a precios de mercado o a precios distintos de los de mercado.

UNDÉCIMA CUESTIÓN. - Asumiendo que pueden consolidar fiscalmente y que la Sociedad D3 tiene bases imponibles previas, análisis de los posibles riesgos de que las operaciones no se realicen a valor de mercado.

Una vez asumido que las tres sociedades pueden consolidar fiscalmente, ¿existiría algún riesgo a que las operaciones se realizasen a precios diferentes a los del mercado?

En primer lugar, hay que distinguir entre la compensación de las bases imponibles negativas obtenidas por el grupo y las previas a la tributación por el régimen de consolidación fiscal.

Estas últimas, las **bases imponibles negativas** (en adelante, BINS) **de una entidad que estén pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal, pueden compensarse** en la base imponible del grupo, pero **con el límite del 70 por 100** de la base imponible de la entidad que pretende integrarse. Para ello, se tendrán en cuenta las eliminaciones e incorporaciones correspondientes a dicha entidad por las operaciones que hubiese realizado con otras entidades del mismo grupo. Todo esto se recoge en el artículo 67.e) de la Ley de IS.

Esto quiere decir que, las BINS de la Sociedad D3, previas a la incorporación a un grupo fiscal con la Sociedad D1 y D2, se podrán compensar en la liquidación del grupo fiscal con las bases imponibles positivas de estas dos últimas. Sin embargo, esa compensación no podrá superar el límite del 70 por 100 de la base imponible individual de la Sociedad D3, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que ésta hubiese llevado a cabo con la Sociedad D1 o las Sociedad D2. Además, para que se aplique lo anterior, es necesario que la base imponible del grupo fiscal sea positiva antes de compensar las BINS de D3, constituyéndose este como un segundo límite a la compensación.

En el mismo sentido analiza la resolución del TEAC (Tribunal Económico-Administrativo Central) número 4359/2019, de 24 de septiembre de 2020, el artículo 67.e): “las BINS preconsolidadas tendrán como límite el 70% de la base imponible de la entidad que las hubiera generado, una vez realizadas las incorporaciones y eliminaciones que procedan”. También establece que las entidades que tengan la consideración de grandes empresas podrán tener una limitación sobre la BIP del 25 o 50 por 100.

Con respecto a si existiría algún riesgo cuando las operaciones no se realicen a valor de mercado, las operaciones entre entidades vinculadas están obligadas valorarlas a precios de mercado. De lo contrario, estarían asumiendo un **riesgo fiscal a que la Administración tributaria inicie un procedimiento de comprobación y les sancione**, si considera que las **transacciones llevadas a cabo entre ellas se realizan a precios distintos de los de mercado**. En este sentido, como hemos analizado ya, se consideran entidades vinculadas aquellas sociedades que forman parte de un mismo grupo fiscal.

DUODÉCIMA CUESTIÓN. - Implicaciones fiscales de la compraventa de varios inmuebles por parte de la Sociedad A y del préstamo con garantía hipotecaria, con la finalidad de destinar la vivienda y los dos aparcamientos al alquiler turístico.

En relación con las **implicaciones fiscales a las que estará sujeta la compraventa** por la Sociedad A de una vivienda y dos plazas de aparcamiento, con el fin de destinarlos al alquiler turístico, habrá que analizar diferentes tipos de tributación:

Teniendo en cuenta que la **transmisión de un bien inmueble** puede estar sujeta a tributación tanto en IVA como en ITP-AJD, con carácter general, se establece la incompatibilidad entre estos dos impuestos, debiendo estudiar las circunstancias aplicables a cada caso. Para ello, lo más determinante es la condición del transmitente del bien.

En consecuencia, en primer lugar, la transmisión de los mencionados inmuebles podrá estar sujeta a **ITP-AJD, en la modalidad de TPO**, en virtud del artículo 7.1 de la Ley de ITP-AJD. Por ello, constituyen el hecho imponible de TPO “la transmisión onerosa por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”. De esta forma, el sujeto pasivo de este impuesto será el comprador, persona física o jurídica, pero sin que esta transmisión pueda formar parte del tráfico empresarial o profesional.

Asimismo, derivado de la incompatibilidad entre ambos tributos, el artículo 7.5 de la Ley de ITP-AJD prevé la no sujeción a este impuesto cuando el transmitente sea un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad económica, además de cuando sean operaciones sujetas a IVA. Como la entidad vendedora de los inmuebles es una sociedad anónima (Espetos, S.A.) que los transmite dentro del ejercicio de su actividad empresarial, pues destinaba los inmuebles al alquiler turístico, la venta de éstos **no estará sujeta a TPO**.

Por otro lado, **están sujetas a tributación en IVA** las operaciones consistentes en **entregas de bienes efectuadas por sujetos pasivos de este impuesto, las cuales afecten a su patrimonio o actividad empresarial**, como señala el artículo 4.2.a) de la Ley de IVA. De esta forma, **el sujeto pasivo del IVA sería la entidad transmitente o vendedora** (la sociedad Espetos, S.A.) **en su calidad de empresario o profesional**, en virtud del artículo 5.1 de la misma norma.

Sin embargo, el artículo 20. 22º. A) recoge como exención en IVA “las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción”. Por tanto, **la venta de estos inmuebles se caracteriza como una segunda o ulterior entrega**, por lo que estaría **exenta de IVA** y debería tributar en TPO finalmente.

A pesar de esto, sigue existiendo la posibilidad de gravar la transmisión en IVA cuando el sujeto pasivo **renuncie a la exención en IVA**, decisión que deberá comunicar al adquirente para seguir tributando por IVA y no por TPO. Así se establece en el artículo 20.2 de la Ley de IVA y en el artículo 8 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre). En este sentido, el adquirente del bien deberá declarar su condición de sujeto pasivo porque, como consecuencia de la renuncia a la exención, se produce la **inversión del sujeto pasivo**. Esta inversión únicamente se puede producir cuando el adquirente sea también sujeto pasivo de IVA en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Esto permitirá que el adquirente del inmueble pueda **deducirse la cuota soportada de IVA por la compraventa** con el resto de cuotas devengadas, permitiendo que el coste fiscal derivado de la compraventa de los tres inmuebles sea nulo.

En conclusión, cuando el transmitente sea un empresario o profesional, la venta estará sujeta a IVA: por el contrario, cuando sea un particular, la transmisión estará sujeta a TPO. Aunque podría aplicar una exención en IVA como consecuencia del tipo de bien que es objeto de transmisión (segunda o siguiente entrega de edificación), pasando a tributar por TPO, podría seguir tributando en IVA cuando el sujeto pasivo o sociedad transmitente renuncie a dicha exención. En este caso, se producirá la inversión del sujeto pasivo, siendo la Sociedad A la que deberá ahora tributar en IVA y permitiendo que se pueda deducir la cuota soportada de IVA.

En cuanto al **Impuesto sobre Sociedades**, la entidad adquirente (Sociedad A) no obtendrá ningún ingreso derivado de los inmuebles adquiridos hasta el momento en el que decida arrendarlos. Por ello, hasta que reciba rentas procedentes de éstos, no tributará en IS por ninguna operación.

Para finalizar, como consecuencia de la transmisión, el adquirente de los tres inmuebles será el sujeto pasivo de IIVTNU. Por ello, al tratarse de una transmisión a título lucrativo, **la Sociedad A será la encargada de autoliquidar y abonar el importe correspondiente a IIVTNU o la plusvalía municipal**. En este caso, la sociedad autoliquidará el impuesto en el ayuntamiento de Málaga por ser el lugar en el que están situados los inmuebles. El gravamen dependerá de los años de tenencia que tuvo los inmuebles la sociedad vendedora (Espetos, S.A.).

En definitiva, la compraventa estará gravada tanto por IVA como por la plusvalía municipal.

Con respecto a las **implicaciones fiscales de la concesión de una garantía hipotecaria** por parte de la Sociedad A, la constitución de un derecho real en garantía hipotecaria de un préstamo tributará en IVA o ITP-AJD en función de la condición del sujeto pasivo.

En este caso, asumiendo que quien concede la garantía hipotecaria es una entidad bancaria, el sujeto pasivo sería una persona jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial, estando sujeto a **IVA**.

A pesar de esto, el apartado 18 del artículo 20 de la Ley de IVA **establece como exentas** algunas operaciones financieras, entre ellas, **la prestación de garantías reales**.

Adicionalmente, la constitución de derechos reales de garantía estará sujeta a la **modalidad de AJD de ITP-AJD**, pues se realiza por sujetos pasivos de IVA y por ser compatible con este impuesto.

Esto se debe también a que, para que la hipoteca inmobiliaria quede válidamente constituida, la concesión de ésta se debe elevar a público. Es decir, es necesario que la concesión de la garantía hipotecaria se formalice en documento público. Por ello, la Sociedad A tributará en AJD, siendo el sujeto pasivo de la constitución de derechos de hipoteca el adquirente del bien o derecho, como establece la regla general del párrafo primero del artículo 29. En cambio, el sujeto pasivo será el prestamista cuando se constituya un préstamo con garantía de hipoteca. En todo caso, la base imponible será el importe del capital garantizado, incluyéndose intereses o indemnizaciones.

Por tanto, no se produce la liquidación de IVA del derecho real de hipoteca sobre un bien inmueble cuando se constituya en garantía de un préstamo, quedando esta **operación exenta del pago de IVA, pero sujeta a AJD.**

DECIMOTERCERA CUESTIÓN. - Operación de fusión por absorción de la Sociedad D1 por la Sociedad D.

PRIMERO: Tributación de la fusión para la sociedad absorbente (Sociedad D) y para la absorbida (Sociedad D1) el día 31 de diciembre de 2020, pero sin acogerse al régimen especial.

Cuando tiene lugar una fusión por absorción de dos sociedades, una de ellas se disuelve porque es absorbida por la otra. Esta operación puede acogerse al régimen especial del Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS, relativo a las operaciones de reestructuración, o bien puede **seguir sometiéndose al régimen fiscal general** de la misma norma. A pesar de que para este tipo de operaciones la ley prevé un marco de tributación que neutraliza el efecto impositivo, la entidad absorbente puede elegir mantenerse en el régimen general.

Por tanto, si decide mantenerse en ese régimen general, la operación de fusión por absorción tributará en determinados impuestos. En este sentido, la Sociedad D (la absorbente) ya es titular del 100 por 100 del capital social de la Sociedad D1.

1. **Con respecto a IVA**, el artículo 7. 1º de la Ley de IVA recoge como **no sujetas las transmisiones globales de un conjunto de bienes que formen parte de un patrimonio empresarial**, afecto a la actividad económica del transmitente. Éste debe ser susceptible de constituir una unidad económica autónoma, y la absorbente debe continuar con el desarrollo de la actividad empresarial por sus propios medios.

Asimismo, dicho precepto señala la no sujeción a IVA con independencia del régimen fiscal que se aplique a la transmisión. Es decir, no importa si a la fusión, que es la operación por la que se produce la transmisión global del patrimonio empresarial, se le aplica el régimen fiscal general o el régimen especial de neutralidad en las operaciones de reestructuración. En ambos casos, **la fusión se considerará no sujeta a IVA**, a pesar de ser una operación empresarial.

Para que la transmisión no se considere una mera cesión de bienes y derechos, que sí estaría sujeta a IVA, en la transmisión se debe incluir la estructura organizativa de factores de producción materiales y humanos, permitiendo considerar el patrimonio como una unidad económica autónoma.

2. En relación con **ITP-AJD** debemos distinguir diferentes operaciones. Con respecto a la fusión, la cual se incluye dentro de las operaciones de reestructuración, se declara como **no sujeta a la modalidad de operaciones societarias**, de acuerdo con el apartado 1º del artículo 19.2 y el artículo 21 de la Ley de ITP-AJD. Así se determina con independencia de si a dicha operación se aplica el régimen especial o el régimen especial de neutralidad.

Sin embargo, estarán sujetas a la modalidad de TPO aquellas entregas de bienes inmuebles que se incluyan en el patrimonio empresarial transmitido, cuando la transmisión de dicho patrimonio empresarial no esté sujeta a IVA. Este es el supuesto actual, el cual está previsto en el artículo 7.5 de la Ley de ITP-AJD.

En consecuencia, en el ámbito de ITP-AJD únicamente se tributará en TPO por las entregas de inmuebles, debido a que no aplica el artículo 45.B).10. Este precepto, que regula una posible exención en este impuesto, sólo se puede aplicar cuando la operación de reestructuración se realiza bajo el régimen especial.

3. Por otro lado, **la sociedad limitada que ha sido absorbida** (Sociedad D1) **estaría, por regla general, sujeta al Impuesto sobre Sociedades**, derivado de los ingresos que ha recibido por la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal, en virtud de los apartados 3 y 4 del artículo 17 de la Ley de IS. Este precepto dispone que se deben valorar a precios de mercado los bienes y derechos transmitidos mediante una fusión, a excepción de la aplicación del régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII.

Esto se debe a que la Ley de IS no somete a tributación las plusvalías latentes sobre elementos patrimoniales hasta que éstos se transmiten a terceros, momento en el que se manifiesta una renta como resultado de la disolución de la sociedad absorbida. Como la sociedad absorbente ha decidido no acogerse al régimen fiscal especial previsto en esta norma, en este caso, no se va a neutralizar el efecto impositivo que

produce la fusión, sino que se deberá incluir en IS la **diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal**, como resultado de la finalización del periodo impositivo.

En este sentido, como consecuencia de la **disolución sin liquidación de la Sociedad D1** a fecha 31 de diciembre de 2020, se deberá incluir en la base imponible de IS relativa al periodo impositivo de 2020 el incremento patrimonial del que se ha beneficiado por la transmisión de su patrimonio empresarial.

En relación con la tributación de los dividendos recibidos por parte de la Sociedad D1 correspondientes al periodo impositivo de 2020, la Sociedad D **podría tener derecho a la exención del artículo 21** de la Ley de IS por los dividendos recibidos en el momento de la autoliquidación de IS.

En este sentido, dicha exención se establece como un mecanismo para evitar la doble imposición, tanto nacional como internacional, como consecuencia de que dos sujetos pasivos (la Sociedad D y la Sociedad D1) han visto gravada una misma renta derivada de la obtención de dividendos.

Como hemos analizado anteriormente, existen una serie de **requisitos** para poder aplicar la **exención a los dividendos obtenidos de una sociedad residente en territorio español**:

- La participación que posee la Sociedad D sobre la Sociedad D1 debe ser superior al 5 por 100 del capital social.
- Dicha participación en el capital social debe tener una antigüedad, como mínimo, de un año.

En este caso, se cumplen todos los requisitos para aplicar la exención para evitar la doble imposición de dividendos nacionales: la Sociedad D adquirió el 100 por 100 del capital social de la Sociedad D1 el 31 de diciembre de 2017, por lo que supera la tenencia del capital social mínimo del 5 por 100, el cual lo ha mantenido durante tres años.

A pesar de esto, como hemos mencionado anteriormente, desde el 1 de enero de 2021 ya no se aplica esta exención a la totalidad de los rendimientos gravados en la sociedad que reparte los dividendos, sino que se ha limitado al 95 por 100. Esto significaría que, en todo caso, los dividendos obtenidos de otra entidad serán gravados en un 5 por 100 a pesar de la exención.

Sin embargo, **en este caso no se aplicaría esta limitación a la exención, aplicándose la exención al 100 por 100** porque la modificación de la normativa entró en vigor el 1 de enero de 2021⁸, limitándose la exención aplicable a los dividendos que se perciban a partir de ese momento. En definitiva, la Sociedad D recibió los dividendos procedentes de la Sociedad D1 en el año fiscal de 2020, concretamente el día 31 de diciembre de 2020, por lo que no cabría la aplicación a la limitación de la exención en este caso. Por ello, como consecuencia de la fusión entre las dos entidades, a partir del 1 de enero de 2021 ya no recibirá dividendos de la Sociedad D1.

4. Por último, se produce la no sujeción al IIVTNU en los supuestos en los que una operación cumple los requisitos para disfrutar de los beneficios fiscales reconocidos en la Ley de IS, como establece la Disposición Adicional Segunda de dicha norma.

En contraposición, como en este caso no se aplica el régimen especial de neutralidad del Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS, el único inmueble transmitido mediante la fusión y que forma parte del patrimonio empresarial estará **sujeto a la plusvalía municipal o IIVTNU**, siguiendo lo establecido en el artículo 104 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Asumiendo que la naturaleza del terreno no es urbana, únicamente se gravará el incremento de valor producido en el inmueble. Para ello, se obtendrá el valor catastral del suelo y se aplicará el porcentaje del incremento en función de los años de tenencia del inmueble por la Sociedad D1. Para finalizar, se aplicará el tipo de gravamen a dicho resultado con el fin de obtener la cuota íntegra del impuesto.

⁸ Modificación introducida por la Ley 11/2020, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

En definitiva, **la operación de fusión** mediante la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial **no tributará en IVA ni en ITP-AJD, sin perjuicio de la sujeción en la modalidad de TPO y a IIVTNU por los inmuebles. También serán gravados en IS los incrementos patrimoniales obtenidos tras la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial.** Asimismo, se producirá la exención total de los dividendos procedentes de la entidad absorbida, percibidos en sede de la Sociedad D el día 31 de diciembre de 2020, por lo que no tributará por éstos.

SEGUNDO: Posibilidad de acogerse al régimen especial del Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS.

Como hemos analizado anteriormente, cuando se lleve a cabo una **fusión por absorción** de la Sociedad D1 por la Sociedad D, se podrá aplicar el **Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS, relativo a las operaciones de reestructuración.** Para este tipo de operaciones la ley prevé un marco de tributación que neutraliza el efecto impositivo, debido a que no integra en la base imponible de IS las rentas positivas o negativas obtenidas de esas operaciones, con el fin de que éstas no estimulen ni obstaculicen.

De esta forma, la fusión por absorción se considerará una operación de reestructuración, prevista en el artículo 76.1.c) de la Ley de IS. En concreto, este precepto establece como una fusión la operación por la que “una entidad transmite, en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social”.

Por otro lado, en el ámbito mercantil, se deberán cumplir los artículos 22 y siguientes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en las que se establecen los requisitos para la realización de una fusión. Particularmente, el artículo 22 determina una operación como fusión cuando “dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan”.

A estos efectos, en virtud del artículo 77.1.a) de la Ley de IS, **no se integrarán en la base imponible de IS las rentas derivadas de las transmisiones de bienes y derechos** por entidades residentes en territorio español. El patrimonio social, a pesar de su transmisión de una entidad a otra, se valorará igual en términos fiscales en la sociedad absorbente (Sociedad D) que en la sociedad absorbida (Sociedad D1). Es decir, mediante este régimen especial, la sociedad absorbente se subrogaría en la posición de la sociedad absorbida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78.1.

La misma norma dispone, en el artículo 81.1, que los socios de la entidad absorbida no tributarán por las rentas derivadas de la transmisión de las participaciones de las que eran titulares. En este caso, como el titular del 100 por 100 de las participaciones de la Sociedad D1 es la Sociedad D, no existiría tal subrogación.

Tampoco para los valores recibidos por los socios de la Sociedad D, en virtud de la fusión, debido a que los valores correspondientes al 100 por 100 del capital social de la Sociedad D1 ya habían sido entregados. Por tanto, en el momento de su transmisión, el día 31 de diciembre de 2017, ya se valoraron fiscalmente como los valores entregados, incrementándose o reduciéndose “en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida”.

Por otro lado, para poder aplicar este régimen impositivo especial de neutralidad, la operación de fusión se deberá **comunicar a la Administración tributaria**. Además, en virtud del artículo 89.2 de la misma ley, **será necesario que la operación realizada no tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal**. De esta forma, este régimen especial del Capítulo VII del Título VII 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”.

En definitiva, la sociedad holding deberá comunicar a la Administración los **motivos económicos válidos** por los que se efectúa y en los que se fundamenta la operación de fusión. **Si estos se cumplen**, con el fin de evitar el fraude o la evasión fiscal, la operación de fusión podrá acogerse a este régimen especial fiscal, basado en la neutralidad. En

consecuencia, no se incluirán en la base imponible de IS de la Sociedad D las rentas derivadas de la transmisión del patrimonio social como consecuencia de la fusión.

Para concluir, algunos de los motivos económicos válidos que se podrían alegar para realizar la reestructuración empresarial son los siguientes: existencia de estructuras ineficientes; simplificar las estructuras organizativas y administrativas; racionalizar las actividades de ambas entidades; ahorrar costes y aumentar la rentabilidad; optimizar la utilización de recursos y mejorar la productividad del personal; facilitar la obtención de financiación al alcanzar un balance más fortalecido; obtener mayor reconocimiento por parte de clientes y de la sociedad en general; y, por último, alcanzar una gestión económica y financiera más eficiente.

El fundamento de la aplicación de este régimen reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre temas de reorganización, como fusiones, siempre que la causa que impulse su realización se base en motivos económicos válidos. Es decir, la aplicación de este régimen o no debe ser neutral a la hora de tomar decisiones en una empresa.

A modo de **conclusión**, para que se pueda aplicar el Capítulo VII del Título VII de la LIS, relativo al régimen fiscal especial de fusiones, es necesario que se cumplan determinados requisitos:

1. En primer lugar, que se cumpla la consideración de una operación de fusión recogida en el artículo 76.1 de la Ley de IS.
2. En el ámbito mercantil, se deberán cumplir los artículos 22 y siguientes de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en las que se establecen los requisitos para la realización de una fusión.
3. Asimismo, se exige la aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la Ley de IS, en el que se exige que la operación se deberá realizar siguiendo unos motivos económicos válidos para que se aplique el régimen fiscal especial, evitando alcanzar exclusivamente una ventaja fiscal.

Cumpléndose estas condiciones, la operación podrá acogerse a dicho régimen fiscal especial, con el fin de realizar una reorganización de su estructura societaria, fusionando varias entidades al desarrollar actividades económicas parejas.

TERCERO: Efectos fiscales más significativos en el caso de que se hubiesen acogido al régimen especial en lugar del régimen general.

Tras haber analizado la tributación sin aplicar el régimen fiscal especial, los efectos fiscales derivados de que la operación de fusión sí se hubiese acogido al régimen especial de neutralidad serían los siguientes:

1. Como ocurre con la fusión que no se acoge al régimen fiscal especial, **la transmisión global de un conjunto de elementos que formen parte del patrimonio empresarial, no estará sujeta a IVA**, como establece el artículo 7. 1º de la Ley de IVA. Con independencia de si la transmisión se acoge al régimen fiscal general o al régimen especial de neutralidad en las operaciones de reestructuración. El patrimonio empresarial debe ser susceptible de constituir una **unidad económica autónoma**, así como que la absorbente continúe con el **desarrollo de la actividad empresarial por sus propios medios**.

Esto significa que no importa si a la fusión, que es la operación por la que se produce la transmisión global del patrimonio empresarial, se le aplica el régimen fiscal general o el régimen especial de neutralidad en las operaciones de reestructuración. En ambos casos, **la fusión se considerará no sujeta a IVA**, a pesar de ser una operación empresarial.

Para que la transmisión no se considere una mera cesión de bienes y derechos, que sí estaría sujeta a IVA, en la transmisión se debe incluir la estructura organizativa de factores de producción materiales y humanos, permitiendo considerar el patrimonio como una unidad económica autónoma.

2. En relación con la modalidad de OS de ITP-AJD, actualmente, únicamente se constituyen como no exentas las operaciones de reducción de capital y de disolución de sociedades.

En cambio, **la operación de fusión no está sujeta a ITP-AJD**, en la modalidad de OS, como establecen los artículos 19.2.1º y 21 de la Ley de ITP-AJD por ser una

operación de reestructuración. Así se determina, sin importar si a dicha operación se le aplica el régimen especial o el régimen especial de neutralidad.

Adicionalmente, el artículo 45.1.B).10 de la misma norma recoge como **exentas de gravamen en ITP-AJD, tanto en la modalidad de TPO como de AJD**, las operaciones societarias de reestructuración siempre que se acojan al régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS.

Así, la DGT ha llegado a la misma conclusión a través de la consulta vinculante V0256-17, de 1 de febrero. Siguiendo el sentido de ese análisis, ha determinado “a efectos de ITP-AJD, la no sujeción a la modalidad de operaciones societarias del mismo impuesto, lo cual podría ocasionar su sujeción a transmisiones patrimoniales onerosas. No obstante, para que esto no suceda, la no sujeción a la modalidad de operaciones societarias se complementa con la exención de las operaciones de reestructuración de las otras dos modalidades del impuesto: transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados, en los términos del artículo 45.1.B)10”.

En consecuencia, en el **ámbito de ITP-AJD** existe una **ausencia de tributación de la fusión, en contraposición al régimen general fiscal**. Por tanto, la operación de fusión no tributaría en ninguna modalidad ITP-AJD, ni en la modalidad de TPO ni en AJD, como consecuencia de su inclusión como una operación de reestructuración.

3. Como consecuencia de la aplicación del **régimen especial del Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS**, la sociedad absorbente (Sociedad D) se podrá acoger a un régimen caracterizado por la **neutralización del efecto impositivo** de la transmisión del patrimonio empresarial de una entidad a otra.

Esto ocurre porque **no se integrará en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la Sociedad D las rentas positivas o negativas obtenidas de transmisión del patrimonio empresarial**, con el fin de que este tipo de operaciones no estimulen ni obstaculicen la operación de fusión.

Además, los elementos patrimoniales que reciba la Sociedad D se valorarán igual y con la misma antigüedad que tenían en la Sociedad D1, que es la entidad absorbida.

Para ello, como hemos mencionado ya, será necesario que la operación de fusión se realice por motivos económicos válidos, con los que no se pretenda el fraude o la evasión fiscal, con el fin de poder aplicar este régimen más ventajoso.

Por otro lado, en el momento de la autoliquidación de IS correspondiente al periodo impositivo de 2020, la Sociedad D **podría tener derecho a la exención del artículo 21** de la Ley de IS por los dividendos recibidos de la Sociedad D1.

En este sentido, dicha exención se establece como un mecanismo para evitar la doble imposición, tanto nacional como internacional, como consecuencia de que dos sujetos pasivos (la Sociedad D y la Sociedad D1) han visto gravada una misma renta derivada de la obtención de dividendos.

Como hemos analizado anteriormente, existen una serie de **requisitos** para poder aplicar la **exención a los dividendos obtenidos de una sociedad residente en territorio español**:

- La participación que posee la Sociedad D sobre la Sociedad D1 debe ser superior al 5 por 100 del capital social.
- Dicha participación en el capital social debe tener una antigüedad, como mínimo, de un año.

En este caso, se cumplen todos los requisitos para aplicar la exención para evitar la doble imposición de dividendos nacionales: la Sociedad D adquirió el 100 por 100 del capital social de la Sociedad D1 el 31 de diciembre de 2017, por lo que supera la tenencia del capital social mínimo del 5 por 100, el cual lo ha mantenido durante tres años.

A pesar de esto, como hemos mencionado anteriormente, desde el 1 de enero de 2021 ya no se aplica esta exención a la totalidad de los rendimientos gravados en la sociedad que reparte los dividendos, sino que se ha limitado al 95 por 100. Esto significaría que, en todo caso, los dividendos obtenidos de otra entidad serán gravados en un 5 por 100 a pesar de la exención.

Sin embargo, **en este caso no se aplicaría esta limitación a la exención, aplicándose la exención al 100 por 100** porque la modificación de la normativa entró en vigor el 1 de enero de 2021⁹, limitándose la exención aplicable a los dividendos que se perciban a partir de ese momento. En definitiva, la Sociedad D recibió los dividendos procedentes de la Sociedad D1 en el año fiscal de 2020, concretamente el día 31 de diciembre de 2020, por lo que no cabría la aplicación a la limitación de la exención en este caso. Por ello, como consecuencia de la fusión entre las dos entidades, a partir del 1 de enero de 2021 ya no recibirá dividendos de la Sociedad D1.

4. La sujeción a la plusvalía municipal o IIVTNU por la transmisión de bienes inmuebles de naturaleza urbana que se incluyen en un patrimonio empresarial se produce al amparo del artículo 104 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. A pesar de esto, como los inmuebles forman parte de un patrimonio empresarial transmitido a causa de una fusión, en los supuestos en los que una operación cumple los requisitos para disfrutar de los beneficios fiscales reconocidos en la Ley de IS, se produce la **no sujeción a la plusvalía municipal o IIVTNU**.

Por tanto, si la fusión se acoge al régimen fiscal especial de la Ley de IS, el inmueble transmitido mediante la fusión y que forma parte del patrimonio empresarial **dejará de estar sujeto** a dicho impuesto, en contraposición al régimen general. Así, en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley de IS, no se produce el devengo del impuesto como consecuencia de una operación de fusión.

La mencionada consulta V0256-17 también señala que, “en la posterior transmisión de terrenos se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en el Capítulo VII del Título VII”.

En consecuencia, se puede afirmar la ausencia de tributación en IIVTNU, IVA e ITP-AJD. La transmisión del patrimonio empresarial desde la sociedad absorbida a

⁹ Modificación introducida por la Ley 11/2020, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

la entidad absorbente tampoco producirá ningún efecto fiscal en la base imponible de IS de la sociedad absorbente. La percepción de dividendos procedentes de la entidad absorbida tampoco estará sometido a tributación, derivado de la exención total sobre el importe de los dividendos recibidos en sede de la Sociedad D.

Por todo ello, esta tributación más ventajosa que a través del régimen general producirá una toma de decisiones más beneficiosa, tomando decisiones exclusivamente basadas en razones económicas con respecto a las estructuras societarias.

DECIMOCUARTA CUESTIÓN. - Asumiendo que las dos no forman parte del mismo grupo fiscal y que la entidad absorbente tiene bases imponibles negativas pendientes de compensar, analizar los posibles riesgos al optan por aplicar el régimen de neutralidad fiscal. Por otro lado, qué riesgos se producirían en el supuesto de que las autoridades fiscales cuestionasen los motivos económicos válidos en una hipotética inspección.

Asumiendo que ni la Sociedad D ni la Sociedad D1 forman parte de un grupo de consolidación fiscal, **se nos plantea si existiría algún riesgo al optar finalmente por aplicar el régimen especial de neutralidad fiscal** del Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS, para poder compensar las bases imponibles negativas (BINS) pendientes de compensar de la Sociedad D (la sociedad absorbente).

En primer lugar, hay que señalar el supuesto opuesto, en el que la sociedad absorbida sea la que tiene BINS pendientes de compensar. En este caso, se seguirá aplicando la limitación de la compensación de las BINS, debido a que la entidad absorbente se subroga en los derechos y obligaciones fiscales de la entidad absorbida, de acuerdo con el artículo 84.2 de la Ley de IS. Esto sucede cuando se permita compensar las BINS ante la extinción de una sociedad derivada de una operación de reestructuración empresarial acogida al régimen fiscal especial. Por ello, como hemos analizado anteriormente, será necesario la concurrencia de motivos económicos válidos para poder aplicar el régimen especial.

De esta forma, en los periodos impositivos posteriores a la realización de la operación de fusión, se podrán compensar la BINS pendientes, aplicándose el límite del 70 por 100 de

la compensación posterior sobre la base imponible previa de la sociedad absorbente del patrimonio de la absorbida. Así lo recoge el último párrafo del artículo 26.1 de la Ley de IS.

Por otro lado, vamos a analizar el **supuesto en el que la sociedad absorbente o adquirente** sea la entidad que **haya generado las bases imponibles negativas pendientes de compensar.**

A estos efectos, la consulta vinculante V0152-21, de 2 de febrero, analiza una fusión inversa en la que la sociedad absorbente generó bases imponibles negativas, las cuales están pendientes de compensación, antes de formar parte de un grupo mercantil. La pertenencia a un grupo mercantil no supone que formen parte de un grupo de consolidación fiscal. Este se constituye como el único crédito fiscal tanto de la entidad absorbida como de la absorbente.

En consecuencia, la consulta determina que “el hecho de que la entidad absorbente cuente con bases imponibles negativas pendientes de compensar no invalidaría, por si mismo, la aplicación del régimen fiscal especial”.

Por ello, **la Sociedad D podría compensarse con posterioridad las BINS con las bases imponibles positivas de la sociedad absorbida, sin limitar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal.** Sin embargo, la consulta establece que, para que proceda la aplicación del régimen especial, se deben seguir cumpliendo los motivos económicos válidos. Con el fin de que se constituyan como auténticas operaciones de reestructuración empresarial, el motivo de la fusión no puede ser, en ningún momento, la compensación de esas BINS. Si no, el propósito de la fusión sería conseguir una ventaja fiscal, por lo que se dejaría de aplicar el régimen especial.

En este sentido, la sentencia número 2599/2017 de la Audiencia Nacional, de 1 de junio del 2017, establece la compensación de las BINS generadas por la sociedad absorbente de una fusión, debido a que “no existe ninguna norma que impida la fusión y la compensación de las bases imponibles negativas”. Por tanto, como no existe ninguna especificación en la interpretación de las normas tributarias respecto a este tema, se podrá proceder a compensar las BINS.

En cambio, con respecto a la limitación de la compensación de las BINS, existe una interpretación opuesta cuando sea la sociedad absorbente la que haya generado estas BINS.

En este sentido, **los tribunales han interpretado que no resulta de aplicación la limitación para compensar las BINS cuando la sociedad absorbente sea la que posee éstas**, y la absorbida participe en la absorbente.

Conforme a lo señalado en la anterior consulta, la DGT también analiza si existiría alguna limitación a la compensación de BINS generadas por la sociedad absorbente, derivada de lo dispuesto en el artículo 84.2 y en la Disposición Transitoria Decimosexta de la Ley de IS. De esta forma, determina que las limitaciones recogidas en esos preceptos no se aplicarían a este caso porque únicamente se prevén para las BINS de las entidades transmitidas o absorbidas.

Con respecto a la **segunda cuestión planteada**, sobre **cuál sería el riesgo en el supuesto de que las autoridades fiscales cuestionasen los motivos económicos válidos en una hipotética inspección**, vamos a analizarlo a continuación.

En resumen, se podrán compensar las bases imponibles negativas pendientes que habían sido generadas por la Sociedad D (la entidad absorbente), siempre que se cumplan las condiciones y requisitos previstos para aplicar el régimen especial de neutralidad fiscal del Capítulo VII del Título VII de la Ley de IS. Entre estos, la Sociedad D deberá comunicar a la Administración tributaria los motivos económicos válidos que justifiquen la aplicación de este régimen.

Por ello, si la Administración cuestiona los motivos que fundamenten la aplicación del régimen especial o determinase que no son válidos tras un procedimiento de comprobación, **la Sociedad D perdería el derecho a aplicar el régimen de neutralidad fiscal**. En consecuencia, cuando la entidad pierda el derecho a este régimen, **perderá también el derecho que tuvo a compensar las bases imponibles negativas con las positivas de la Sociedad D1** (la entidad absorbida).

Para ello, siguiendo lo señalado en el artículo 26.5 de la Ley de IS, **el derecho de la Administración tributaria para iniciar un procedimiento de comprobación prescribirá a los diez años**. Este procedimiento se iniciará para comprobar las BINS compensadas o sobre las pendientes de compensar. El plazo de prescripción comenzará a contar desde el día siguiente al día en el que finalice el plazo para presentar la autoliquidación de IS correspondiente al periodo impositivo en el que se otorgó ese derecho a compensar.

En este sentido, la sentencia de la sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo número 101/2017, de 25 de enero de 2017, analiza si la compensación de las BINS está condicionada a que la operación de fusión por absorción se fundamente en motivos económicos válidos, y no sólo para el aprovechamiento fiscal del crédito para acogerse al régimen especial de neutralidad fiscal. Aunque en este caso la entidad que ha generado las BINS es la absorbida, los efectos establecidos en esta sentencia se pueden extrapolar al supuesto actual en el que la absorbente es la generadora de las BINS que se pretenden compensar, pues la compensación se prevé para ambos supuestos.

De esta forma, determina que la fusión no se puede justificar si no se cumplen los motivos económicos válidos necesarios para acogerse al régimen especial, produciendo el **rechazo de todos sus efectos por considerar que no ha existido “un negocio jurídico válido que justifique dicha fusión”**. El derecho a compensar las bases imponibles negativas con las positivas generadas por las entidades que se van a fusionar “forma parte del contenido propio y exclusivo del régimen especial de fusiones y adquisiciones de IS”. Por el contrario, si a esta fusión se le aplicase el régimen general, dicha compensación no procedería.

Por tanto, la sentencia señala que resulta inaplicable el régimen especial porque “la única pretensión de la entidad absorbente fue de aprovechar las bases imponibles negativas que ostentaba la entidad absorbida”, sin concurrir ningún otro motivo económico válido además “del puro aprovechamiento fiscal del crédito de la absorbida”.

Esto significará que, en el supuesto de que las autoridades fiscales cuestionasen los motivos económicos válidos en una hipotética inspección, existiría un **riesgo de comprobar las autoliquidaciones de IS** realizadas por la Sociedad D por parte de la

Administración tributaria. Se revisarían, por tanto, las autoliquidaciones en las que se llevó a cabo la compensación de bases imponibles negativas con bases imponibles positivas. Ello **producirá correcciones** por parte de la Administración tributaria que deberá afrontar la Sociedad D, así como la **posible imposición de recargos, intereses o, incluso, sanciones.**

En concreto, como se explica en la sentencia de la Audiencia Nacional, de 1 de junio del 2017, la inspección tributaria redujo las bases imponibles negativas susceptibles de compensación por la diferencia entre las aportaciones de los socios a la absorbida y el valor contable de esa participación a la absorbente. Estos podrían ser los efectos que produciría la inspección al denegar la posibilidad de compensar las BINS.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las reuniones mantenidas y la información suministrada por D. Abel y Dña. Cristina, hemos elaborado este informe con el fin de resolver todas las cuestiones que se nos plantearon en la reunión del día 16 de junio de 2021.

Las conclusiones alcanzadas deben interpretarse en el contexto del alcance de nuestro estudio, sin que de la misma pueda derivarse ninguna responsabilidad adicional.

Este informe ha sido elaborado exclusivamente para los supuestos expresamente planteados por los clientes a través de la información aportada, por lo que no debe ser utilizado para ninguna otra finalidad.

A estos efectos, estamos a su completa disposición para aclarar cualquier duda o comentario que pudieran tener en relación al contenido del presente documento.

ICADE Abogados S.L.P

Ana Ruiz Durán

Socio

Madrid, 10 de enero de 2022