

Ineficiencia fiscal de la limitación del 5% de la exención sobre dividendos rentas positivas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español en el Impuesto sobre Sociedades.

Ponentes: Ricardo Gómez-Barreda Garcia y César Flórez Tella.

Moderador: Salvador Ruiz Gallud.

- 1 Introducción (ponentes, objeto del panel, metodología seguida e instrucciones a asistentes)
- 2 ANALISIS DE LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA
 - 2.1 Contenido final LP 2021: comparación con “proyecto” LP 2019
 - 2.1.1. ¿impacto en rentas negativas?
 - 2.1.2. ¿Reducción exención al 95% o regla “forfaitaria” de no deducibilidad de gastos?
 - 2.2 Impacto en ámbitos concretos: Grupo de sociedades, ETVE...
 - 2.2.1. Impacto en TFI (referencia a proyecto ley de prevención)
3. COMPATIBILIDAD CON CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN
4. COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 4.1. ¿Es correcta la trasposición de la autorización otorgada por la Directiva Matriz – Filial?
 - 4.2. Libertad de establecimiento. El caso Steria
 - 4.3. Tratamiento previsto en el proyecto de directiva de BICIS
 - 4.4. ¿Posible existencia de ayuda de estado por beneficiar a los empresarios que pueden organizarse mediante un único vehículo?
5. POTENCIAL VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
 - 5.1. ¿Instrumento legislativo indebido para modificar la base imponible?
 - 5.2. Capacidad económica (en especial, en grupos fiscales, cadenas de sociedades)
 - 5.3. Doble imposición sobre la misma capacidad económica
6. POSIBLES MEDIDAS PARA MITIGAR EL IMPACTO
 - 6.1. Reformulación de la financiación intragrupo/diferimiento de dividendos
 - 6.2. Simplificación de estructuras societarias: el régimen de reorganizaciones y los motivos económicos válidos

Análisis de la Modificación Legislativa de la LPGE 2021 EN IS (i).

ART. 65 LEY 11/2021 PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2021

Art. 21 LIS	Exención de dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores.
Art. 16.1 LIS	Gasto financiero neto
Art. 32 LIS	Deducción Doble imposición internacional
Art. 64 LIS	Eliminaciones del Régimen de Consolidación Fiscal.
Art. 100 LIS	Transparencia Fiscal Internacional
Nueva D.T. cuadragésima	Trasnsitorias participadas > 20M€ y < 5%

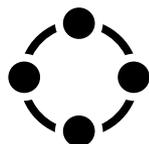
Análisis de la modificación legislativa LPGE 2021 EN IS (ii)

ART. 21 LIS

Suspensión de la posibilidad de acceder al régimen de exención de dividendos y plusvalías basada en el valor de adquisición de la **participación (>20 M€).**

Régimen transitorio

Participaciones adquiridas con anterioridad al 1 de enero de 2021: calificarán igualmente para la aplicación de la exención durante los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2021 a 2025.



Art. 32 LIS

Suspensión de la posibilidad de acceder a la **deducción por doble imposición económica** de dividendos basada en el valor de adquisición de la participación > 20 M€.

Art. 16 LIS

Exclusión de la posibilidad de adicionar como ingresos financieros los dividendos procedentes de participaciones con valor de adquisición > 20M€ para el cálculo de los **gastos financieros netos. DT.**

Art. 14.1 LIRNR

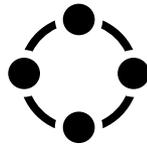
Holdings UE/EEE, supresión de la posibilidad de acceder en el IRNR al **régimen de exención** de dividendos y plusvalías basada en el valor de adquisición de la participación (>20 M €)

ART. 21 LIS

Limitación de la exención en dividendos y plusvalías al 95% del importe de la renta.

Tributación en cadena.

Los dividendos y las plusvalías asociadas a participaciones pasan a tributar a un tipo efectivo del 1,25% (1,5% entidades de crédito y de hidrocarburos).



Art. 32 LIS

Reducción en un 5% de los dividendos a efectos de calcular el límite de la deducción por doble imposición económica.

Art. 16 LIS

Nada.

Art. 64 LIS

No eliminación de la parte no exenta del dividendo (5%) en el régimen de consolidación fiscal.

Art. 100 LIS

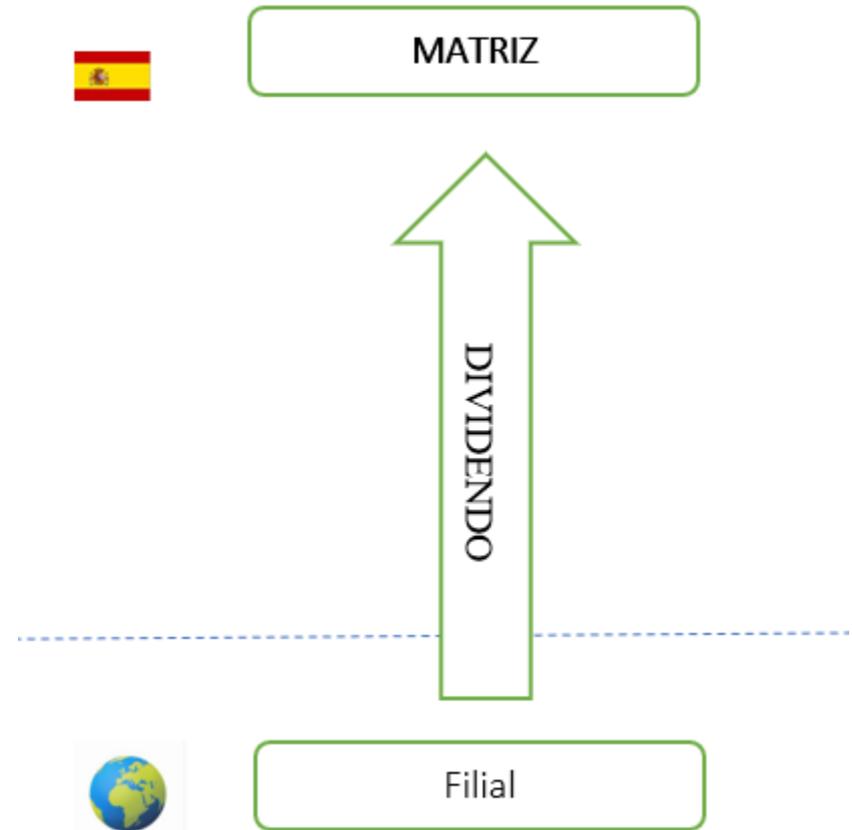
Con determinadas particularidades, también se someterá a tributación el 5% de los dividendos y participaciones en beneficios percibidos por entidades en régimen de transparencia fiscal internacional.

Análisis de la modificación legislativa LPGE 2021 EN IS (iv). Caso particular. Exención plena.

- INCN en el periodo anterior < 40 millones de euros.
- No entidad patrimonial.
- Que no forme parte, con carácter previo a la constitución de la entidad que distribuye el dividendo, de un grupo de sociedades de acuerdo con el artículo 42 del Código de Comercio.
- Que no tenga, con carácter previo a la constitución de la entidad que distribuye el dividendo, una participación significativa en otra sociedad.

Los **dividendos (no plusvalías)** se perciban en los tres (3) periodos siguientes al año de la constitución de la entidad que los distribuya.

- constituida a partir del 1 de enero de 2021.
- Unipersonal desde su constitución.



ANTECEDENTES

Directiva Matriz-Filial Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011. Artículo 4.

R.D.Ley 2/2016, de 30 de septiembre.

Otros países de la U.E.



PROYECTO LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO DE 2019. Acuerdo de Coalición.

(i) Gravamen del 5% sobre los dividendos y plusvalías procedentes del exterior *“como prevé y permite la Directiva Madriz-filial”*

- Incluía EPs, UTEs y AIEs.
- Incluía el RNF.

(ii) ‘Tasa Google’: tipo del 3% sobre determinados servicios digitales

(iii) ‘Tasa Tobin’: tipo 0,2% determinadas transacciones financieros.

(iv) Tipo mínimo del 15% en el impuesto de sociedades para grandes compañías.



ACTUALIDAD

Directiva Matriz-filial.

Inconstitucionalidad. STC, nº 78/2020, de 1 de Julio de 2020. Extensión. Vulneración de los límites materiales del R.D.Ley 2/2016.

España ha pasado a formar parte del club.

LEY 11/2020 PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO DE 2021.

Incluye el gravamen del 5% sobre dividendos y plusvalías.

- Excluye EP, UTEs y AIEs.
- Excluye el RNF

Dudosa compatibilidad con la normativa comunitaria y los convenios de doble imposición

Ya en vigor.

¿Próxima reforma?. Pilar II OECD.

Aunque el efecto liquidatorio es el mismo, determinar qué es lo que el legislador ha aprobado es muy relevante:

Puede abrir vías para la impugnación del régimen i.e.

- Los GND del 5% responden a una estimación objetiva, que debería decaer cuando no haya gastos
- La exención del 95% sería contraria a la Directiva y no eliminaría correctamente la doble imposición

En su caso, puede tener un impacto notable en regímenes especiales, como la transparencia fiscal internacional

Ley General de Presupuestos 2021

Preámbulo

“En el Impuesto sobre Sociedades se modifica el precepto que regula la exención sobre dividendos (.....) de entidades residentes y no residentes en territorio español para prever que los gastos de gestión referidos a tales participaciones no sean deducibles del beneficio imponible del contribuyente, fijándose que se cuantía sea del 5 por ciento del dividendo o renta positiva obtenida, de forma que el importe que resultará exento será del 95 por ciento de dicho dividendo o renta”

Nuevo apartado 10 artículo 21 LIS

“El importe de los dividendos o participaciones en beneficios de entidades y el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad y en el resto de supuestos a que se refiere el apartado 3 anterior, a los que resulte de aplicación la exención prevista en este artículo, se reducirá, a efectos de la aplicación de dicha exención, en un 5 por ciento en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones”

Directiva Matriz Filial: artículo 4.3.

“3. Todo Estado miembro conservará la facultad de prever que los gastos que se refieren a la participación y las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz.

Si, en dicho caso, los gastos de gestión referidos a la participación quedasen fijados a tanto alzado, la cuantía a tanto alzado no podrá exceder un 5 % de los beneficios distribuidos por la sociedad filial.”

Tesis alternativas:

A) Exención del 10% y DND del 5%

La modificación mantiene la exención del 100% de los dividendos y plusvalías, introduciendo una reducción a tanto alzado del 5% en concepto de gastos de gestión.

A favor:

- Es lo que dice la Directiva, pues habla de no deducibilidad de gastos y minusvalías derivadas de la distribución de dividendos
- Es lo que se explicita en el Preámbulo de la Ley.
- La redacción del artículo 21.10 LIS orienta en esta dirección – “el importe de los dividendos...a los que resulte de aplicación la exención se reducirá en el 5 por ciento en concepto de gastos de gestión”.

2.1.2. ¿EXENCIÓN DEL 95% O EXENCIÓN DEL 100% CON GASTOS NO DEDUCIBLES FORFAITARIOS DEL 5%?

B) Exención del 95%

La modificación reduce la exención de dividendos y plusvalías al 95%

A favor:

- La redacción del artículo 21.10 LIS apoya también esta interpretación al hablar de “reducción” del importe exento.
- La estimación “objetiva” de gastos no deducibles tiene difícil encaje en un impuesto cuya base imponible es contable
- Cuando la sociedad que obtiene la renta no tiene gasto alguno, o los que tiene son inferiores al 5% del ingreso, la justificación se hace muy difícil
- La no deducibilidad de gastos derivados de una actividad se asocia con su naturaleza, no con el hecho de que haya ingresos exentos.
- El uso de una Ley General de Presupuestos para introducir esta modificación tiene mejor acomodo que en la hipótesis anterior, pues la habilitación prevista en la DF 9ª LIS se refiere a la “modificación de exenciones” (en la tesis alternativa, se estaría modificando la base imponible).

Las consecuencias de que prospere una u otra tesis se proyectan en distintos ámbitos i.e.

- Potencial recurso frente a la norma por vulneración de preceptos constitucionales, CDI o derecho europeo.
- Impacto en la aplicación de otros regímenes i.e. Transparencia fiscal internacional.

IMPACTO EN ÁMBITOS CONCRETOS.

- GRUPOS DE SOCIEDADES.
- ETVEs
- ENTIDADES DE CAPITAL RIESGO.
- PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS.
- AJUSTES RELATIVOS A PRECIOS DE TRANSFERENCIA.
- REGISTRO DE IMPUESTOS DIFERIDOS.
- ELIMINACIÓN DE LOS DIVIDENDOS DEL CALCULO DEL BENEFICIO OPERATIVO.
- RESERVAS PREVIAS AL CAMBIO LEGISLATIVO.
- TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL.



El nuevo apartado 10 del artículo 21 puede impactar directamente en la calificación como rentas transparentables de los dividendos y plusvalías obtenidos de sus filiales por sociedades no residentes cuyas rentas se transparentan a sociedades residentes:

- El tipo efectivo de tributación de los dividendos en la sociedad transparente puede ser inferior al 75% del tipo efectivo español (normalmente, 0% frente a 1,25%)
 - El resultado de la comparación podría ser diferente si se considera que la exención del artículo 21 sigue siendo del 100% del dividendo y que la reducción del 5% afecta a unos gastos “a tanto alzado”.
- En todo caso, si el test de tipo efectivo de tributación conduce a la imputación de los dividendos y plusvalías, esta imputación se calculará de acuerdo con los criterios y principios establecidos en la propia LIS para la determinación de la base imponible, es decir, por el 5% de dichos dividendos y plusvalías (artículo 100.9 LIS)

El posterior reparto de dichas rentas por la sociedad transparente a su sociedad socia residente en España queda regulado en una confusa redacción en el apartado 110.10 LIS:

- *“No se integrará en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible. A estos efectos, el importe de los dividendos o participaciones en beneficios se reducirá en un 5% en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones, salvo que concurren las circunstancias establecidas en el apartado 11 del artículo 21 de esta ley”.*
- El apartado arroja dudas sobre la potencial existencia de una doble reducción de 5% (en la imputación y en la distribución), lo que no tiene sentido.

2.2.1. IMPACTO EN EL REGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

- En todo caso, lo que no se puede poner en duda es que cuando la renta imputada se distribuye, dicha renta no se debe integrar.
 - En especial, así lo prescribe la Directiva 2016/1164, ATAD 1, en su artículo 8.5:

“Cuando la entidad distribuya beneficios al contribuyente y dichos beneficios distribuidos se incluyan en la renta imponible del contribuyente, el importe de las rentas incluidas con anterioridad en la base imponible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7 se deducirá de la base imponible al calcular la deuda tributaria con respecto a los beneficios distribuidos, a fin de garantizar que no se produzca una doble imposición.”
- La redacción del apartado 21.5.c) LIS, que excluye de la exención de las plusvalías las obtenidas en la transmisión de participaciones en entidades que cumplan los requisitos del artículo 100 LIS, cuando el 15% o más de sus rentas queden sometidas a TFI podría conducir a la exclusión de la exención de las plusvalías en transmisión de holdings no residentes.[probablemente, un efecto no querido por el legislador]

2.2.1. IMPACTO EN EL REGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

La modificación del régimen de TFI prevista en el proyecto de ley de prevención del fraude fiscal introduce una **ampliación sustancial de régimen**, al modificar la exclusión prevista en el apartado 4 del artículo 100 y eliminar la vía de escape para las sociedades holding. Pues bien, **el dictamen del Consejo de Estado** aporta dos argumentos muy interesantes:

1. Según la Dirección General de Tributos, el impacto de la medida será insignificante, pues los contribuyentes podrán seguir aplicando el artículo 21 LIS en la mayoría de los casos.
2. En contra de lo alegado por el Gobierno, el Derecho Europeo no exige eliminar la excepción concedida por la Ley española a las sociedades holding:
 - El artículo 7.2. de la Directiva 2016/1164 permite excepcionar a las sociedades que lleven a cabo una actividad económica “de importancia” y eso no excluye necesariamente la actividad de tenencia y gestión de participaciones, siempre que se cuente con medios personales y materiales.
 - En la misma línea se ha pronunciado el TJUE (i.e. Sentencia Cadbury) a la hora de precisar el alcance de la libertad de establecimiento.

3. COMPATIBILIDAD CON CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

- [Interrelación entre la exención de la LIS y la exención de los CDI](#) (Tesis de Alvaro de la Cueva sobre la exención de los dividendos de fuente extranjera en el Impuesto sobre Sociedades, de Marzo 2021).
- El interrogante que se plantea es si se trata de la misma exención o de si, por el contrario, son regímenes distintos e independientes.
- Curiosamente, el debate es más teórico que práctico, puesto que en la actualidad solo hay un Convenio en vigor que recoja el método de exención para dividendos (el de Brasil, suscrito en 1974).
 - España ha impuesto el método de imputación en los Convenios suscritos en los últimos años y ha renegociado los anteriores para modificar el método de eliminación de doble imposición en favor del método de imputación.
 - La doctrina da por superado el debate acerca del derecho a aplicar el régimen interno de exención cuando concurre con el régimen de imputación regulado en el CDI correspondiente al país de residencia de la sociedad participada.
 - En la versión actual de los [Comentarios al Convenio Marco](#) (parr. 49-54 de los [comentarios al artículo 23.A](#)) se recomienda que se aborde la doble imposición económica, pero se deja libertad al estado de residencia del contribuyente para que fijen las condiciones exigidas para exonerar los dividendos (participación mínima, tiempo de tenencia y reducciones por gastos financieros y de gestión).

3. COMPATIBILIDAD CON CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

- El Tribunal Supremo abordó marginalmente este tema (STS 1812/2015):
 - Se refieren a la regla del artículo 20.bis.4 de la Ley 43/95 que prescribía la no deducibilidad de deterioros subsiguientes a repartos de dividendos exentos (cuando estos deterioros eran deducibles), en el caso de filiales residentes en Brasil:
 - *"En cualquier caso, si se hubiera aplicado la exención a los dividendos de fuente extranjera, no se podrá integrar en la base imponible la depreciación de la participación, cualquiera que sea la forma y el período impositivo en que se ponga de manifiesto, hasta el importe de dichos dividendos"*
 - Ante el planteamiento del recurrente de que se estaba vulnerando el régimen de exención del CDI, el Tribunal manifiesta que no es así, pues lo que la Ley hace es impedir la deducibilidad de un deterioro, sin afectar a la exención del dividendo previo:
 - *"El Tratado ha sido correctamente inaplicado porque el supuesto de hecho que en él se contempla ("obtención de dividendos") tiene poco que ver con lo que es objeto de regularización ("dotación por la depreciación de valores"). Ha de insistirse en que lo regularizado es la "dotación por depreciación de valores ..." en la cuantía que el artículo 20 bis 4 permite y por las causas que en él se recogen, lo que es cosa absolutamente distinta a desconocer los mecanismos de exclusión de la doble imposición de dividendos que el Tratado invocado establece. Son inocuos, por tanto, todos los razonamientos que la parte ofrece sobre los Tratados, su valor y prevalencia en nuestro ordenamiento si se tiene en cuenta que el Tratado, y más concretamente el precepto invocado, no regula el punto litigioso, pues lo discutido es la "deducción por depreciación de valores representativos de la participación en fondos propios ..." y no la doble imposición de dividendos."*

¿Es correcta la trasposición de la autorización otorgada por la Directiva Matriz-Filial?

El fin de la directiva Matriz-Filial es “**eximir de retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales a sus sociedades matrices, y eliminar la doble imposición de esas rentas en la sociedad matriz**”.

Art. 4.3 otorga a los Estados miembros la facultad de prever gastos de gestión referidos a las participaciones generados de dichas rentas que no sean deducibles en la base imponible de la matriz, sin que la cuantía a tanto alzado de **dichos gastos pueda exceder de un 5% del beneficio distribuido por la sociedad filial**.

Motivos de incompatibilidad:

1. **Libertad de establecimiento.**
2. **Doble Imposición. Cadena de gravamen. Vulneración del límite del 5%.**
3. **Consolidación Fiscal.**
4. **Ayuda de Estado.**

¿Es correcta la trasposición de la autorización otorgada por la Directiva Matriz-Filial?

Sentencia TJUE caso X, 17.05.2017(asunto C-68/15) .

"Fairness Tax" belga.

Aprobado en 2013 para gravar con un tipo del 5 % la diferencia entre los dividendos distribuidos y la base imponible del IS en la sociedad que distribuía dichos dividendos

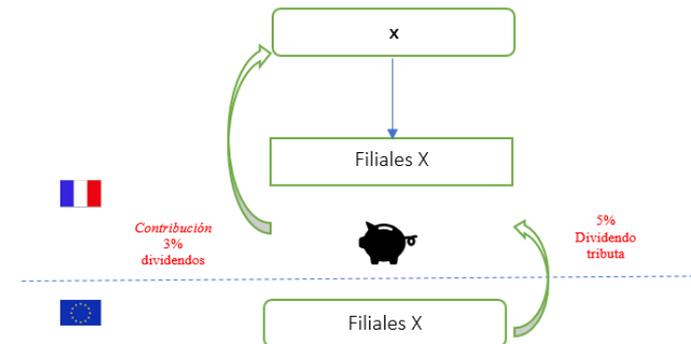
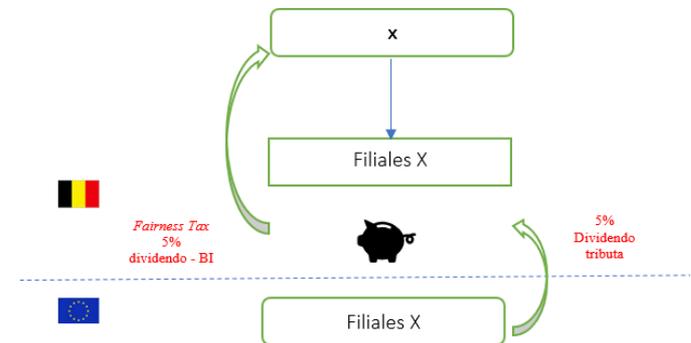
Bélgica aplicaba el método de exención al 95% de los dividendos.

Sentencia en el caso AFEF, 17.05.2017 (asunto C-365/16).

Contribución adicional Francesa.

Suponía la exigencia de un gravamen del 3% sobre el importe de los dividendos distribuidos por una entidad que supongan el reparto de ingresos procedentes de participaciones en sus filiales.

Francia aplicaba el método de exención al 95% de los dividendos.



¿Es correcta la trasposición de la autorización otorgada por la Directiva Matriz-Filial?



El TJUE fija el doble significado de la llamada Directiva matriz-filial:

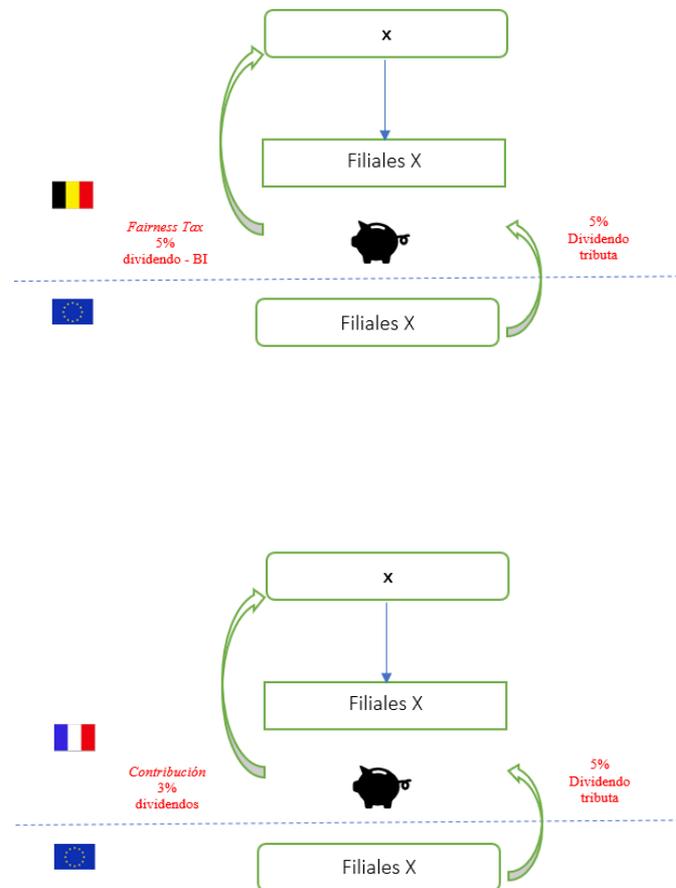
1º.- Ausencia de retención en el estado fuente.

2º.- Ausencia de doble imposición en el Estado de la Matriz : evitando gravarlos (en la medida en que no sean gasto deducible en la filial) o los gravará pero admitiendo la deducción del impuesto satisfecho por al filial.



se discute en los casos analizados es la potestad de un Estado miembro para exigir un gravamen sobre el importe de unos dividendos y cuando éstos se distribuyen, sin tener en cuenta que tales dividendos distribuidos se corresponden con dividendos previamente cobrados y procedentes de filiales residentes en otros Estados miembros.

Un tributo que recae sobre una misma magnitud económica aunque sea cuando tales dividendos se redistribuyen equivale a un gravamen de los dividendos procedentes de la filial contrario al artículo 4 de la Directiva.



¿Es correcta la trasposición de la autorización otorgada por la Directiva Matriz-Filial?

Sentencia TJUE caso Brussels Securities SA (asunto C-289/18). 19.12.2019.

En contrario a la directiva la norma belga preveía que los dividendos percibidos por una matriz de su filial debían tratarse por fases:

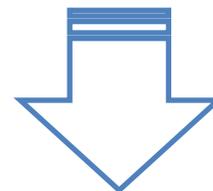
1º.- Fase: incluirse en la B.I. de la matriz

2º.- Fase: deducir hasta un 95% de su importe.

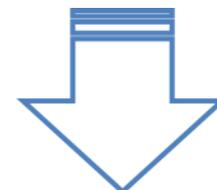
3º.- Excedente: aplicable en los ejercicios siguientes sin limitación temporal, siendo esta **deducción prioritaria** en relación a cualquier otra deducción fiscal cuyo traslado esté limitado en el tiempo.

Esta deducción prioritaria conlleva la expiración del plazo para la aplicación de otras deducciones.

Gravamen indirecto contrario a la Directiva.



Pérdida de una ventaja fiscal establecida por la legislación nacional



Tributación mayor que

- si no hubiese percibido dividendos de su filial no residente, o
- si los dividendos se hubieran excluido pura y simplemente de la BI de la matriz.



¿es correcta la trasposición de la autorización otorgada por la Directiva Matriz-Filial?

OTRAS SENTENCIAS DEL TJUE DE INTERES:

- **Caso Argenta Spaarbank NV (asunto C39/16) de 26.10.2017.**
- **Caso Bosal (asunto C-168/01) de 8.09.2003.**
- **Caso Banque Fédérative du Crédit Mutuel (asunto C-27/07) de 3.04.08.**



Caso Argenta Spaarbank NV: dictaminó que la legislación belga infringía la autorización del art. 4 de la directiva Matriz-Filial es cuanto establecía que los **intereses pagados por una matriz en concepto de préstamo no eran deducibles** del beneficio imponible de esta sociedad matriz **hasta un importe equivalente al de los dividendos**, que disfrutaban ya de deducibilidad fiscal, percibidos de participaciones de una duración inferior a un año que la sociedad matriz tienen en sociedades filiales, aun cuando dichos intereses no estén vinculados a la financiación de las participaciones.

Caso Bosal Holding BV: el Tribunal consideró que una sociedad holding de cartera podía deducir los **costes de intereses de la deuda derivada de la financiación de sus filiales** en la unión Europea, aunque las rentas obtenidas de las mismas estuvieran exentas en los Países Bajos.

Caso Banque Fédérative: el Tribunal se pronuncia sobre el concepto de “beneficios distribuidos por la filial” sobre los que ha de calcularse el 5% máximo no deducible. El TJUE consideró que la autorización del art. 4 de la Directiva es conforme a **incluir en el cálculo del beneficio los créditos fiscales** que han sido concedidos por ese Estado miembro para compensar una retención en origen aplicada por el Estado miembro de la filial.

Impacto en ámbitos concretos. ART. 49 TFUE. Libertad de establecimiento.

Sentencia en el Asunto C-386/14

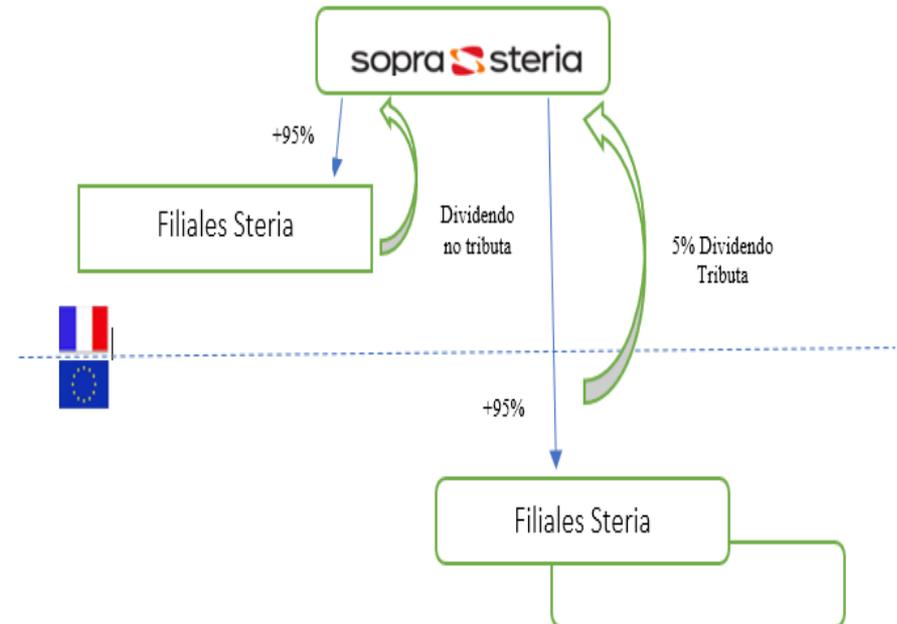
Sentencia de 2.09.2015

Groupe Steria SCA / Ministère des Finances et des Comptes publics

Se opone a la libertad de establecimiento un régimen de consolidación fiscal que neutraliza la integración del 5% del importe neto de los dividendos percibidos entre sociedades residentes, cuando dicha neutralización es denegada a sociedades residentes que reciben dividendos de filiales extranjeras que, de haber si residentes, podrían haber optado por el régimen de consolidación.

Situación objetivamente comparable

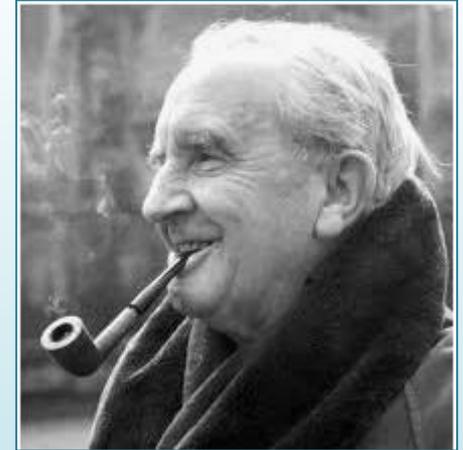
No justificado por razones imperiosas de interés general.



Reacción de Francia:

- Obligada a incluir una limitación a la exención dentro del consolidado.

- Redujo el porcentaje a gastos no deducibles a un 1% de los dividendos dentro del grupo consolidado fiscal o no residentes que reunieran requisitos para consolidar.



**Sólo atravesando la
noche se llega a la
mañana**

JRR Tolkien

4.4. ¿POSIBLE EXISTENCIA DE AYUDA DE ESTADO POR BENEFICIAR A LOS EMPRESARIOS QUE PUEDEN ORGANIZARSE MEDIANTE UN ÚNICO VEHÍCULO SOCIETARIO?

Según la doctrina del TJUE, reiterada recientemente en la sentencia de los clubs de futbol españoles(STJUE de 4 de marzo de 2021, C-362-19P):

- Son ayudas de estado las ventajas fiscales que, aunque no impliquen un desembolso de fondos por el Estado, coloquen a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que al resto de contribuyentes (por todas, STJUE de 21 /12/2016, Comisión/World Duty Free Group y otros, C 20-15)
- A efectos del análisis de la medida, hay que considerar todos los elementos de hecho y de derecho que acompañan al régimen.
- El análisis se efectúa del régimen en abstracto, sin tener que descender a los casos individuales.
- En el caso concreto de los clubs, la medida controvertida (la aplicación del régimen de entidades sin ánimo de lucro) constituye un régimen de ayudas en el sentido del artículo 107.1. TFUE, pues puede beneficiar a los clubs que se pueden acoger, de forma genérica y abstracta, durante un periodo de tiempo indefinido.

4.4. ¿POSIBLE EXISTENCIA DE AYUDA DE ESTADO POR BENEFICIAR A LOS EMPRESARIOS QUE PUEDEN ORGANIZARSE MEDIANTE UN ÚNICO VEHÍCULO SOCIETARIO?

En nuestro caso, la potencial ayuda de estado sería de carácter negativo: la inaplicación de la reducción del 5% a las rentas procedentes de establecimientos permanentes en el exterior haría de mejor condición a las empresas que pudieran desarrollar actividades en otros países mediante establecimientos permanentes en lugar de filiales, en especial cuando la constitución de filiales viniera exigida por ley.

La tesis es atractiva, pero presenta varios problemas teóricos:

- La Directiva Matriz-Filial se refiere a filiales y no a establecimientos permanentes, por lo que aborda la doble imposición económica, que no existe en el caso de los establecimientos permanentes.
- La posibilidad de introducir la reducción del 5% a la exención de dividendos está prevista en una Directiva.
- La necesidad de no discriminar y no afectar a la libertad de establecimiento (por comparación con sociedades residentes que tienen sucursales en su propio estado de residencia) hace muy difícil imaginar una medida equivalente para los establecimientos permanentes (quizá, la discusión se traslade a la identificación de gastos no deducibles en la casa central por ser imputables al propio EP).
- El TJUE habría aceptado que son muy raros los casos en los que no se puede llevar a cabo una fusión transnacional que elimine las filiales y las sustituya por establecimientos permanentes [i.e. Caso World Duty Free Group]
- Por último, la solución de la jurisprudencia consistiría en señalar que debe introducirse la reducción del 5% a las rentas obtenidas de establecimientos permanentes.

¿Instrumento legislativo indebido para modificar la base imponible?

Capacidad económica (en especial, en grupos fiscales, cadenas de sociedades)

Doble imposición sobre la misma capacidad económica

Se puede cuestionar si la habilitación prevista en la DF 9ª LIS para que las Leyes Generales de Presupuestos modifiquen las exenciones otorga cobertura a la introducción del nuevo apartado 10 del artículo 21 LIS:

- En principio, se modifica el artículo 21, que regula una exención concreta, por lo que la habilitación ampararía el uso de la Ley de Presupuestos
- Sin embargo, si la exención se mantiene en el 100% de los dividendos, participaciones en beneficios y plusvalías, la reducción del 5% supondría una modificación del cómputo de la base imponible por la vía de la reducción de gastos deducibles a tanto alzado, lo que tendría más difícil acomodo en la citada habilitación.

5.2. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA, EN ESPECIAL EN GRUPOS FISCALES Y EN CADENAS DE SOCIEDADES

Hay pronunciamientos recientes que pueden arrojar alguna luz sobre la potencial vulneración del principio de capacidad económica:

STC 73/2017: (inconstitucionalidad de la declaración tributaria especial RDL 12/2012)

“al impuesto sobre sociedades se le puede considerar, junto con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, como otra de las piezas básicas del sistema tributario y, concretamente, de la imposición directa en España. Se trata de otro tributo global sobre la renta, aunque en este caso de las personas jurídicas, que, con su integración con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, complementa el gravamen de uno los de índices de capacidad económica más importantes: la renta. De esta manera, sirve también al objetivo de personalizar el reparto de la carga fiscal según los criterios de capacidad económica y de igualdad, coadyuvando al cumplimiento de los principios de justicia tributaria y los objetivos de redistribución de la renta. Por tanto, la alteración sustancial de sus elementos esenciales podría afectar también al modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de las personas jurídicas que pongan de manifiesto una capacidad económica gravable” [STC [73/2017](#), FJ 3 a)]

5.2. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA, EN ESPECIAL EN GRUPOS FISCALES Y EN CADENAS DE SOCIEDADES

STC 78/2020 (inconstitucionalidad pagos a cuenta RDL 2/2016) – alegaciones de la Fiscalía

“Tanto la obligación principal definitiva como la provisional de pago a cuenta de la principal, son obligaciones tributarias y, como tales, prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria e impositiva, siéndoles de aplicación los principios constitucionales establecidos en el art. 31.1 CE y, entre ellos, el de capacidad económica, de manera que lo que es inconstitucional para la obligación principal lo es para la obligación a cuenta, no pudiendo apelarse al carácter provisional del pago a cuenta para eludir las exigencias derivadas de aquellos principios. Por consiguiente, respecto de ambas obligaciones tributarias el deber de contribuir no puede llevarse a efecto de cualquier manera, sino única y exclusivamente “de acuerdo con” la capacidad económica y, en el caso de un impuesto como el de sociedades (STC [71/2014](#), de 6 de mayo, FJ 3), también “en función de” la capacidad económica (SSTC [96/2002](#), de 25 de abril, FJ 7, y [60/2015](#), de 18 de marzo, FJ 4), lo que supone que junto con el deber de pagar el impuesto de acuerdo con la capacidad económica existe, correlativamente, un derecho a que esa contribución sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad de la manera más precisa y exacta posible. b) Ambas obligaciones, principal y a cuenta de la principal, concurren a someter a gravamen a un idéntico sujeto pasivo, por una misma y única capacidad económica, por un mismo impuesto —en este caso, el de sociedades— y por un mismo periodo impositivo, aunque lo hagan en dos momentos temporales distintos.” (énfasis añadido)

De las anteriores citas se podrían extraer algunos argumentos:

- En el caso de los [grupos fiscales](#), el artículo 56.1 LIS les califica de contribuyentes, es decir, son los sujetos pasivos que realizan el hecho imponible, de lo que se deduce que la tributación de los mismos beneficios en la filial y, parcialmente, en la matriz, implicaría que la misma renta económica ha tributado dos veces en el mismo sujeto pasivo y por el mismo impuesto.
- En el caso de [cadenas societarias](#) que no tributan en bajo el régimen de grupos de sociedades, faltaría la identidad del sujeto pasivo.

5.2. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA, EN ESPECIAL EN GRUPOS FISCALES Y EN CADENAS DE SOCIEDADES

Una aproximación distinta sería la de cuestionar la efectividad de una norma de estimación objetiva de gastos cuando el contribuyente puede acreditar que esos gastos no existen o son inferiores al 5% de las rentas:

- La propia Ley especifica que la reducción se practica *“en concepto de gastos de gestión”*.
- El nuevo precepto se podría calificar como una “presunción legal”, del estilo de la prevista en el artículo 15 de la Ley del ISD relativa al ajuar doméstico: *“El ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y se valorará en el tres por ciento del Importe del caudal relicto del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje.”*
 - Esta presunción de la Ley del ISD se configura como una presunción “iuris tantum”, pues admite prueba en contrario.
 - Sin embargo, responde al principio básico de tributación con base en la capacidad económica real, en lugar de la presunta.

5.2. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA, EN ESPECIAL EN GRUPOS FISCALES Y EN CADENAS DE SOCIEDADES

- El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de examinar esta presunción y ha planteado el problema de inconstitucionalidad de las presunciones que no admiten prueba en contrario (incluso cuando su regulación legal si la prevé):
 - *“Además de ello, late en esa concepción del ajuar doméstico, al menos potencialmente, una posibilidad de quiebra del principio de capacidad económica (art. 31.1 CE) y, eventualmente, del de igualdad tributaria, pues resultaría indiferente, para la ley, tanto el origen como la naturaleza y función de los bienes y su ajuste o identificación con la idea esencial o genuina de ajuar doméstico, pues se gravaría con mayor carga fiscal a quienes, ante un mismo valor de su patrimonio neto, no tuvieran ajuar doméstico en ese sentido propio o natural, o lo tuvieran en un porcentaje inferior al que la ley presume, pues la interpretación que efectúa la Administración -aquí secundada por la Sala de instancia-, viene de facto a cercenar toda posibilidad de prueba, haciéndola de hecho diabólica o imposible, ya que obliga a mantener invariable ese 3 por 100, lo que influye en la cuota, además, dada la progresividad del impuesto (artículo 21 y concordantes LISD)” (STS 499/2020, de 19 de mayo, FJ 2º, con cita de la sentencia previa de 10 de marzo de 2020)*

5.2. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA, EN ESPECIAL EN GRUPOS FISCALES Y EN CADENAS DE SOCIEDADES

- El caso que debería llegar a los Tribunales con el planteamiento de esta cuestión sería el de una sociedad con la siguiente situación en un ejercicio, que además se repite en otros, y que forma parte de una cadena de sociedades en similar situación:

	Cta. Resultados	Base Imponible
Dividendos art. 21	1.000	50
Pérdidas Cartera art. 21	(3.000)	0
Gastos gestión	0	0
Gasto I. Sociedades	(12,5)	0
Resultado /Base imponible	(2.012,5)	50
I Sociedades	---	12,5

5.3. LA DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LA MISMA CAPACIDAD ECONÓMICA

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en varias ocasiones sobre los impuestos medioambientales autonómicos:

Con carácter general (STC 37/87 y STC 103/93) se afirma que la LOFCA proscribía la doble imposición jurídica sobre los mismos hechos imponible, pero permite que se establezcan gravámenes sobre las mismas materias imponible, siempre que se proyecten sobre distintas circunstancias

- La tesis de la doble imposición no se considera fundada *“porque arranca de una identificación entre materia imponible y hecho imponible, que conduce a una interpretación extensiva del artículo 6.2 LOFCA notoriamente alejada del verdadero alcance de la prohibición en que dicha norma se contiene. Por materia imponible u objeto del tributo entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a la imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico. Por el contrario el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la ley fija en cada caso para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de una obligación tributaria según reza el artículo 28 de la LGT. De ahí que, en relación con una misma materia impositiva el legislador puede seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imponible, determinantes a su vez de figuras tributarias distintas”*

En el caso de los impuestos sobre grandes superficies, el TC ha desestimado la alegación de vulneración del principio de igualdad con relación al de capacidad económica, que se argumentaba con base en la existencia de otros establecimientos de menor superficie que también generaban las externalidades que justifican el gravamen recurrido (STC 53/2014, sobre el impuesto de grandes superficies de Asturias).

5.3. LA DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LA MISMA CAPACIDAD ECONÓMICA

Seguramente el pronunciamiento más relevante a estos efectos es el auto 69/2018, de 20 de junio, del Pleno del TC, que inadmitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica y que sin embargo entró en el fondo del asunto, plasmando la visión del TC sobre la doble imposición:

- La doble imposición se predicaba en el recurso del IVPEE con el IAE (hay otro recurso pendiente ante el TS que la predica con el I. Sociedades)
- En el auto, el TS manifestaba que *“este Tribunal Supremo no tiene claro, enfrentando la resolución del presente recurso de casación, que la circunstancia de que el Ley 15/2012 someta a tributación la misma capacidad económica por la que los productores de energía eléctrica abonan el impuesto sobre actividades económicas (IAE), sin responder nítidamente además a la otra finalidad extrafiscal que teóricamente lo justifica, la medioambiental, no incida sobre dicho principio contributivo, sin cuyo respeto no cabe hablar de tributos constitucionalmente admisibles”*.
- Se preguntaba el TS si *“cuando un impuesto grava a través de un hecho imponible una manifestación de capacidad económica, es posible someter a tributación esa misma capacidad económica mediante otro tributo que define un hecho imponible idéntico o prácticamente igual, cuando además se revela desprovisto de la otra finalidad, la extrafiscal, proclamada para justificarlo”*.

5.3. LA DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LA MISMA CAPACIDAD ECONÓMICA

- La respuesta del TC es contundente:
 - *“Por lo que se refiere a la **doble imposición** la STC 60/2013, FJ 4, enjuiciando el impuesto de Castilla-La Mancha sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, afirmó que “una misma actividad económica es susceptible de ser sometida a tributación por gravámenes distintos desde perspectivas diferentes (la obtención de renta, el consumo, la titularidad de un patrimonio, la circulación de bienes, la solicitud de servicios o actividades administrativas, el uso del dominio público, la afectación del medio ambiente, etc.), sin que ello suponga necesariamente una doble imposición, permitida o prohibida, por las normas que integran el bloque de la constitucionalidad”. Lo anterior pone de manifiesto que no todo fenómeno de doble imposición está constitucionalmente prohibido, reconociendo el Tribunal que hay casos de doble imposición “permitida”.*
 - *“Es más, incluso admitiendo hipotéticamente que se tratase de un supuesto de doble imposición tributaria, tampoco esto determinaría per se la inconstitucionalidad de las normas implicadas, pues la única prohibición de doble imposición en materia tributaria que se encuentra expresamente recogida en el bloque de la constitucionalidad viene establecida en el art. 6 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y ‘garantiza que sobre los ciudadanos no pueda recaer la obligación material de pagar doblemente [al Estado y a las Comunidades Autónomas, o a las entidades locales y a las Comunidades Autónomas] por un mismo hecho imponible’ [SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14; 149/1991, de 4 de julio, FJ 5 A); 186/1993, de 76 de junio, FJ 4 c); 14/1998, fundamento jurídico 11 c), y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 23].*

5.3. LA DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LA MISMA CAPACIDAD ECONÓMICA

- *Fuera de este supuesto, la existencia de un doble gravamen por una misma manifestación de riqueza sólo debería analizarse desde el punto de vista del principio de capacidad económica y de la prohibición de no confiscatoriedad a que hace referencia el art. 31.1 CE.”*
- *A este respecto, el principio de no confiscatoriedad “obliga a no agotar la riqueza imponible —sustrato, base o exigencia de toda imposición— so pretexto del deber de contribuir, lo que tendría lugar si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, con lo que además se estaría desconociendo, por la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el **art. 33.1 de la Constitución [el derecho a la propiedad privada]**” [SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 9; 14/1998, de 22 de enero, FJ 11 B); y 242/1999, de 21 de diciembre, FJ 23, y AATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 6; 120/2008, de 6 de mayo, FJ 1, y 342/2008, de 28 de octubre, FJ 1].*
- *Por tanto, en nuestro ordenamiento solo está proscrita la doble imposición producida por tributos autonómicos en relación con los estatales o locales. El resto de casos, entre ellos el que se plantea entre el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (estatal) y el IAE (local), deben enjuiciarse desde el canon de la capacidad de pago y la no confiscatoriedad.*

5.3. LA DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LA MISMA CAPACIDAD ECONÓMICA

- La inadmisión a trámite significa, según recuerda el TC al TS, que la cuestión planteada estaba notoriamente infundada.

Dado que estos supuestos de doble o múltiple gravamen sobre una misma capacidad económica se referían a impuestos que recaían sobre el mismo sujeto pasivo, parece que, salvo situaciones muy excepcionales cercanas a la confiscatoriedad (que el TC exige que se acrediten debidamente), la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad de la medida por la existencia de doble imposición económica no es viable.

POSIBLES REACCIONES PARA MITIGAR EL IMPACTO



ART. 21 LIS

- Inversiones adicionales hasta alcanzar el 5 %

ART. 21 LIS

No exención participaciones >20 M€

- Desinversión con anterioridad al final de 2025.

Limitación de la exención en dividendos y plusvalías al 95% del importe de la renta.

Medidas adoptadas en 2020: simplificaciones, actualizaciones de valor, maximización de repartos de dividendos, reestructuraciones.

Medidas en 2021 y ss:

- Traslado de entidades holding ETVEs al extranjero.
- *Remansar* dividendos en el extranjero.
- No reparto de dividendos: efectos en el cálculo del gasto financiero neto.
- *Sucursalización* de filiales. Preponderar uso de sucursales frente a filiales.
- Reformulación de la financiación intragrupo/diferimiento de dividendos.
- Préstamos participativos: capitalización, conversión en fondos propios de balance.
- Potencial juego contable de los diferidos
- Reestructuraciones para evitar cadenas de sociedades.

La aplicación de este régimen presenta varios aspectos de interés a la luz de la nueva regulación del artículo 21.10 LIS:

- La “transformación de reservas”
- El “nacimiento” de reservas no tributadas.
- El acogimiento al régimen de las operaciones de simplificación de estructuras societarias

6.2. EL RÉGIMEN DE REORGANIZACIONES DEL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO VII DE LA LIS

LA “TRANSFORMACIÓN DE RESERVAS”

Supuestos en los que se puede producir la conversión de reservas procedentes de beneficios no distribuidos en otras cuentas de patrimonio:

- Operación de fusión propia en la que la absorbente registra el patrimonio de la sociedad absorbida con abono a cuentas de capital y reserva de fusión y esta reserva de fusión es inferior a las reservas procedentes de beneficios no distribuidos de la sociedad absorbida
- Operación de escisión total o parcial en la que las sociedades beneficiarias registran reservas de escisión por cuantía diferente a las reservas procedentes de beneficios no distribuidos “traspasadas” por la sociedad escindida

La doctrina reiterada de la DGT i.e. V0608-11 permite “identificar” las reservas originales en las cuentas de patrimonio de la sociedad absorbente o beneficiaria, de modo que su posterior reparto pueda tratarse como un dividendo o participación en beneficios en sede del socio, a efectos de aplicar el artículo 21 LIS:

- ¿Quién determina la calificación fiscal del patrimonio repartido: la sociedad que lo distribuye o el socio?
- ¿Se exige algún tipo de identificación en las cuentas anuales? ¿ Y en el acuerdo de distribución?

EL “NACIMIENTO” DE RESERVAS NO TRIBUTADAS

Este supuesto se producirá cuando en fusiones propias los activos de la sociedad absorbida se valoren en la sociedad absorbente por un importe superior a su valoración contable en la sociedad absorbida, y la diferencia se impute a reserva de fusión.

El mismo efecto se produciría en caso de escisiones.

Por último, en aportaciones de ramas de actividad (segregaciones), aportaciones no dinerarias especiales y canjes de valores se puede repetir esta situación cuando el valor por el que la sociedad adquirente registre los activos recibidos en la operación sea superior al que tenían en la sociedad transmitente.

En principio, esta cuenta de patrimonio no corresponde a beneficios gravados en el momento de su nacimiento, aunque lo serán en el futuro en la sociedad adquirente (absorbente o beneficiaria):

- Si se reparte antes de que se manifieste la tributación de la plusvalía diferida, se podrá acoger al artículo 21?.
- Si se reparte una vez gravada la plusvalía diferida, se acogería al artículo 21 y se aplicaría el apartado 10.

EL ACOGIMIENTO AL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE SIMPLIFICACIÓN DE ESTRUCTURAS SOCIETARIAS

La existencia de sociedades holding intermedias en grupos societarios generará, en principio, la aplicación en cada escalón de la reducción del 5% de la exención sobre los dividendos repartidos.

En caso de que los grupos opten por reducir o eliminar las cadenas de control societario, mediante la fusión de las sociedades holding intermedias, se plantea si estas operaciones pueden acogerse al régimen de reorganizaciones por existir motivos económicos válidos.

Lógicamente, cada caso es distinto, por lo que nos centramos en aquellos en los que solamente se pueda alegar la existencia de dos tipos de motivos económicos:

- La reducción de costes de la estructura societaria
- El ahorro del nuevo coste fiscal asociado a la distribución de dividendos intra-grupo.

LA REDUCCIÓN DE COSTES DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA COMO MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO

Este motivo, presente prácticamente en todas las justificaciones de las operaciones de reorganización consistentes en la fusión por absorción de sociedades participadas, tanto en la documentación mercantil como en las consultas formuladas a la DGT, tiene poca virtualidad cuando se plantea como el único motivo de la operación:

- Los tribunales han considerado, en varias ocasiones, que la reducción de costes de gestión de una sociedad por su extinción en la propia operación de reorganización es un efecto inherente a la misma, por lo que no puede, aisladamente considerada, justificar la existencia de MEV.
- Ahora bien, ¿podría alegarse que los costes de gestión que se estarían ahorrando no se pueden ya estimar con base en lo incurrido en ejercicios anteriores, sino que deben fijarse en el 5% de los potenciales dividendos y plusvalías?
 - Si esta reducción a tanto alzado tiene como base una estimación estadística de dichos costes, la expectativa racional de ahorro tomaría como base dicha estimación.
 - Dado que el “ahorro fiscal” es el 25% de dicha estimación de costes, este ahorro sería por definición muy inferior a los propios costes de gestión

EL AHORRO DEL NUEVO COSTE FISCAL ASOCIADO A LA DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS INTRA GRUPO COMO MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO.

Damos por conocida la posición tradicional de la DGT, que admitía como MEV:

- El acceso a regímenes fiscales específicos i.e. tributación de grupo en el IS, tributación de grupo en el IVA
- La eliminación de la tributación en el socio persona física mediante la aportación de sus participaciones a una sociedad holding (aunque esta operación se ha cuestionado por la Inspección tributaria en varias ocasiones).

Sin embargo, la nueva doctrina administrativa emanada de la DGT introduce criterios más restrictivos.

6.2. EL RÉGIMEN DE REORGANIZACIONES DEL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO VII DE LA LIS

En las consultas más recientes, cuando se incluye un “motivo fiscal” se introduce una redacción que puede ser leída en el sentido de que estos motivos “fiscales” podrían no calificar como válidos si no concurren con otros. Así:

[V3347-20](#) (12/11/2020). - Operación de fusión en la que ambas sociedades tienen BINs. Las dos se dedican al arrendamiento inmobiliario y mientras que la absorbente tiene una persona contratada para gestionar la actividad, la absorbida solo tiene una nave cedida en arrendamiento.

Se mantiene el criterio de que la existencia de BINs, por si sola, no impide aplicar el régimen.

Entre los motivos se cita el *“reforzar los requisitos para que la actividad de arrendamiento fuese considerada como económica a los efectos de los artículos 5 de la Ley 27/2014 ... y 4 de la Ley 19/1991 ...”*

En la contestación se puntualiza que *“los motivos anunciados en el escrito de consulta referidos a la reestructuración o la racionalización de las actividades, podrían considerarse económicamente válidos ...”* Esta misma redacción se incluye en [V3423-20](#) (26/11/2020) en la que se plantea un canje de valores y se incluye como motivos, entre otros, el acogimiento a consolidación fiscal y el facilitar el cumplimiento de los requisitos de empresa familiar.

Este “añadido” al párrafo de que los motivos podrían calificarse como válidos supone una modificación con respecto al criterio previo que no incluía esta cautela. Así por ejemplo [V2561-20](#) (28/7/2020). Canje de valores a una holding: entre los motivos se señala el poder aplicar el régimen de consolidación fiscal. El motivo se considera válido, sin más precisiones. En el mismo sentido [V2823-20](#) (17/9/2020); [V3040-20](#) (8/10/2020); [V3043-20](#) (8/10/2020); [V3060-20](#) (13/10/2020); [V3025-20](#) (8/10/2020) (citando solo las recientes).

6.2. EL RÉGIMEN DE REORGANIZACIONES DEL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO VII DE LA LIS

En una posición, en cierta medida intermedia, se situaría [V2293-20](#) (6/7/2020) referida a un canje a un holding familiar. Entre los MEV está el conseguir facilidad y agilidad para la exención en patrimonio. En la respuesta sobre los motivos se da a este un tratamiento diferenciado del resto de motivos alegados, con una confusa redacción. En concreto parece que se dice que el resto de motivos alegados, podrían considerarse válidos, siendo cuestiones de hecho y *“que deberán ser valorados junto con lo señalado en el primer inciso de este párrafo.”* (inciso en el que precisamente se señala que uno de los motivos para acometer la reorganización es el facilitar la exención en patrimonio). Se proyecta una seria duda sobre los motivos fiscales.

La [V2409-20](#) (14/7/2020) trata de una fusión impropia en la que la absorbida tiene BINs. De forma ¿deliberadamente? ingenua en la pregunta se afirma que uno de los motivos es aprovechar las BINs. La contestación sigue el mismo texto de las operaciones en que una sociedad tenga BINs añadiendo que *“... ni la operación proyectada tenga como finalidad preponderante el aprovechamiento de las bases imponibles negativas pendientes de compensar, finalidad esta última que, al ser una de las razones por las que, según el escrito de consulta, se realiza la operación de reestructuración podría afectar a la existencia de motivos económicos válidos.”*

La [V2482-20](#) (21/7/2020) versa sobre canje por una persona física de sus participaciones en una sociedad a una nueva holding. La sociedad que se aporta es la cabecera de un grupo de consolidación fiscal. Se canjea el 74% para que la operación no plantee modificación alguna en el grupo de consolidación (la persona física participa en el 90% por lo que retiene el 16% de las participaciones), lo que podría interpretarse como motivo “fiscal”. No se plantea ningún problema en la respuesta a este canje “parcial”.

La [V2610-20](#) (31/7/2020) incluye una redacción compleja sobre el supuesto de intervención de entidades inactivas. Se analiza una operación de fusión inversa por la que una sociedad operativa absorbería a dos sociedades que son sus socios. Las sociedades absorbidas solo tienen sus participaciones directas y/o indirectas en la absorbente y el motivo de acometer la reorganización es que los financiadores consideran que la interposición de sociedades inactivas complica la financiación, por lo que recomiendan la fusión. El motivo de poder obtener nueva financiación se considera que puede ser económicamente válido. Al tratar de la inactividad de las sociedades holding absorbidas, se señala que por sí mismo no impide aplicar el régimen *“en la medida en que tras la operación de fusión se continúen realizando las actividades que venían realizando las entidades intervinientes en la fusión de tal manera que la operación redunde en el desarrollo de tales actividades, lo que no puede apreciarse en el caso de la absorción de sociedades inactivas que no disponen de bienes susceptibles de desarrollar una actividad económica, o, en su caso, se refuerce y mejore la situación financiera de las actividades resultantes de la fusión y, en ambos supuestos, dicha fusión no se realice en un momento temporal dentro de un plan de liquidación de alguna de las actividades desarrolladas por dichas entidades ni la operación proyectada tenga como finalidad preponderante conseguir una mera ventaja fiscal”*. ¿Alguien es capaz de discernir lo que la DGT ha concluido?

6.2. EL RÉGIMEN DE REORGANIZACIONES DEL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO VII DE LA LIS

En el capítulo de “motivos fiscales” hay bastantes consultas en las que los motivos alegados giran en torno al tema del régimen de arrendamiento de viviendas o al régimen de SOCIMI. A título de ejemplo, la [V2668-20](#) (17/8/2020) en la que una sociedad acogida al régimen especial de arrendamiento de viviendas y con BINs, se plantea una escisión total proporcional dividiendo los activos de la entidad en tres bloques:

- Bloque 1: Recibe activos inmobiliarios (viviendas) y continuará acogéndose al régimen especial de arrendamiento de viviendas
- Bloque 2: Recibe inmuebles (viviendas y locales) y se optará por el régimen de SOCIMI
- Bloque 3: Recibirá inmuebles destinados a nuevas promociones sobre cuyo destino (venta o alquiler) no hay decisión tomada.

Entre los motivos, se cita entre otros, el no perjudicar el régimen de arrendamiento de viviendas y el de SOCIMI con los activos del Bloque 3 y se considera válido. Se señala que el hecho de alcanzar una mejor eficiencia fiscal no impide la aplicación del régimen, siempre que existan razones fundadas que evidencien una mejora en la estructura económica o una racionalización de las actividades.

6.2. EL RÉGIMEN DE REORGANIZACIONES DEL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO VII DE LA LIS

La [V3102-20](#) (16/10/2020). - Fusión de dos sociedades pertenecientes al mismo grupo familiar. En la descripción se señala el hecho de que la absorbente participa, con un coste superior a los 20 millones, en un banco que reparte dividendos sobre los que se ha aplicado la exención del 21. La absorbida participa en el mismo banco, pero con un coste inferior a los 20 millones por lo que no aplica la mencionada exención. En la contestación no se menciona este “motivo fiscal” para la fusión. Se limita a señalar que los motivos alegados (entre los que, lógicamente, no se cita expresamente este) podrían ser válidos. ¿Generosidad de la DGT, o escasa ponderación del motivo dado el inminente cambio de régimen?

La [V3213-20](#) (27/10/2020) versa sobre el régimen de tributación en grupo en el IS: Se trata de una operación de canje de valores por la que se aportan a una sociedad las participaciones necesarias para que la dominante de un grupo de consolidación fiscal, pase a ser dominada por la sociedad que recibe la aportación. Esta, pasará a ser dominante y podrá optar por el régimen de consolidación fiscal. Se alega como único motivo el *“simplificar la gestión del grupo permitiendo que, con el acogimiento al régimen de consolidación fiscal, se evite un importante coste administrativo derivado de la obligación de documentar las operaciones vinculadas en el sentido del artículo 18 de la LIS”*.

Al contestar sobre los motivos se señala que *“el hecho de alcanzar una mayor eficiencia fiscal por aplicación del régimen de consolidación fiscal no es un impedimento para aplicar el régimen especial, siempre que existan razones como la reestructuración o la racionalización de las actividades que justifiquen la operación planteada, en cuyo caso los motivos alegados podrían considerarse económicamente válidos ...”* (solo se había alegado como único motivo, el acogerse a consolidación fiscal para simplificar las obligaciones derivadas de la vinculación, por lo que no queda claro el criterio de la DGT sobre la cuestión).

En caso de que la operación de reorganización protegida, consistente en la absorción de sociedades holding participadas al 100%, fuera regularizada por inaplicación total o parcial del régimen, ¿cuál sería la ventaja fiscal que la Inspección podría regularizar si esta ventaja consistiera en el ahorro de la tributación del 5% de los dividendos y plusvalías que la sociedad absorbente habría obtenido en futuro de la sociedad absorbida?

Tesis alternativas:

1. Tributación por el 5% de las reservas expresas de la sociedad absorbida, o
2. Tributación por el 5% de la plusvalía latente (sobre la base de que el valor de mercado de la sociedad absorbida reflejaría el flujo futuro esperado de dividendos y plusvalías).

GRACIAS

aedAF ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA
DE ASESORES
FISCALES