

LA CONSULTA VINCULANTE 2214/2023 SOBRE LA VENTAJA FISCAL A REGULARIZAR EN LAS OPERACIONES FEAC

Blanca Usón Vegas

Coordinadora del Grupo de Expertos en IS y Contabilidad

José Ángel Soteras Enciso

Miembro del Grupo de Expertos en IS y Contabilidad

La recientemente publicada consulta vinculante [V2214-23](#) está haciendo mucho ruido, y la verdad es que no debería asombrarnos tanto porque las dos cuestiones que resuelve ya estaban aclaradas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo TJUE) y del Tribunal Supremo (en adelante TS).

No obstante, ni queremos ni debemos restarle importancia. Es muy relevante que la Dirección General de Tributos (DGT en lo sucesivo) haya recogido de manera clara y esperamos que, a partir de ahora, unívoca, dos cuestiones clave sobre la eventual regularización de las operaciones de reestructuración acogidas al Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, (a partir de ahora LIS), relativa a las operaciones de Fusión, Escisión, Aportación no dineraria y Canje de Valores (régimen FEAC en adelante).

La primera cuestión destacable de esta consulta es su enunciado. El consultante no pregunta, como siempre se suele hacer, sobre si la operación que se plantea es susceptible de acogerse al régimen FEAC.

Esta es la pregunta habitual, y la respuesta habitual de la DGT a esta pregunta es, en primer lugar, el análisis de la tipología de la operación para opinar sobre si encaja en el régimen FEAC y, en segundo lugar, la emisión de opinión sobre si los motivos económicos que se alegan serían *a priori* válidos.

En esta ocasión el consultante pregunta sobre la ventaja fiscal a eliminar, en el caso de que la operación planteada sea objeto de regularización en una eventual actuación de comprobación inspectora.

Parecería que el consultante ya fuera conocedor del significativo cambio habido en las resoluciones a consultas vinculantes relativas a operaciones de reestructuración desde marzo de 2023 hasta ahora.

En términos generales las resoluciones emitidas desde el 28 de marzo 2023, (fecha del primer "lote" de consultas con el nuevo criterio), hasta hoy, contienen un cambio significativo respecto de las emitidas con anterioridad a esta fecha, puesto que dejan de opinar sobre la validez de los motivos económicos válidos (MEVs en adelante) alegados por los consultantes.

El párrafo común a las nuevas resoluciones de la DGT es el siguiente:

“La apreciación de los motivos por los que se llevan a cabo las operaciones de reestructuración son cuestiones de hecho que deberán ser apreciadas por los órganos competentes en materia de comprobación e investigación, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, tanto anteriores como simultáneas o posteriores, en línea con lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en reiterada jurisprudencia (ver, por todas, sentencia Euro Park Service, de 8 de marzo de 2017, en el asunto C-14/16)”.

Así, las resoluciones publicadas desde esa fecha, en términos generales, se limitan a opinar sobre si la operación descrita sería susceptible de acogerse al régimen FEAC por encajar en alguno de los supuestos de operación que regula el régimen especial, pero dejan de opinar sobre los MEVs alegados, que deberán ser revisados caso a caso, no pudiéndose generalizar, tal como se desprende de la Jurisprudencia del TJUE.

Mediante la remisión a la STJUE Euro Park Service ([Asunto C-14/16 de 8 de marzo de 2017](#)) la DGT asume que el hecho de exigir que el contribuyente debe acreditar que la operación de reestructuración tiene suficientes MEVs para poder acceder al régimen FEAC, (tenor literal del artículo 89.2 de la LIS), no es acorde con lo previsto en la cláusula antiabuso establecida en el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE (antiguo artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE), siendo que el régimen de neutralidad fiscal aplica en principio a toda operación de reestructuración como las delimitadas en la Directiva, excepto que sus fines sean exclusiva o principalmente los de obtener una ventaja fiscal o los de fraude o evasión fiscal..

En efecto, desde la STJUE Euro Park Service la existencia de MEVs deja de ser un requisito para pasar a ser un motivo de aplicación del régimen FEAC, en ausencia del cual, tan solo existe una presunción¹ de que la operación puede haber tenido por objetivo el fraude o evasión fiscal, presunción que es *iuris tantum* y que, por tanto, admite prueba en contrario.

¹ D. Eduardo Sanz Gadea- en su documento “Incidencia de las Sentencias del Tribunal de Justicia en la imposición sobre la renta”. Documentos de Trabajo 1/2018. Instituto de Estudios Fiscales. opina lo siguiente en relación con la Sentencia Euro Park Service, Página 229 “5.38. Europark (14-16). Los requisitos establecidos para aplicar el régimen de diferimiento son reprochables, a la vista del espíritu y finalidad de la Directiva 90/434. En efecto, la directiva únicamente prevé denegar el diferimiento cuando la operación tiene por objetivo el fraude o la evasión fiscal, en tanto que las normas francesas exigen requisitos adicionales, como la concurrencia de motivos económicos válidos, siendo así que los mismos solo pueden jugar a modo de presunción de fraude o evasión fiscal, pero no como elemento de prueba a cargo del contribuyente. De esta manera, la norma francesa establece una suerte de presunción general de fraude sin atender a las circunstancias del caso, de forma tal que en la medida en que la norma controvertida en el asunto principal exige de forma sistemática e incondicional para conceder el beneficio de la tributación diferida de las plusvalías en virtud de la Directiva 90/434, que el contribuyente acredite que la operación en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscales, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscales, esta normativa establece una presunción general de fraude o evasión fiscales. Por tanto, corresponde a la administración tributaria aportar la prueba, cuando menos indiciaria, de fraude o evasión fiscal, para lo cual puede apoyarse en la inexistencia de motivos económicos válidos, que también deberá probar, sin que, por lo tanto, corresponda al contribuyente probar la existencia de motivos económicos válidos.”

En dicho escenario, que deberá plantear y probar la administración correspondiente en una actuación de comprobación, la ausencia de MEVs será un indicio que se podrá esgrimir por ésta. Lo que es contrario a la Directiva es establecer un criterio de tipo general exigible a toda operación de reestructuración para que ésta pueda gozar del régimen de neutralidad. Este criterio de tipo general es la exigencia de la acreditación de MEVs para poder acogerse al régimen especial que contiene el artículo 89.2 de la LIS.

Podemos ver el análisis de la STJUE Euro Park Service del que deriva esta conclusión en los apartados 53 a 55 de la misma que establecen lo siguiente:

“53 En cuarto lugar, en cuanto a la presunción de fraude y de evasión fiscales que establece el artículo 11², apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, debe recordarse que esta disposición sólo permite a los Estados miembros establecer una presunción de fraude o de evasión fiscales en el supuesto de que la operación contemplada tenga como único objetivo obtener una ventaja fiscal y, por tanto, no se efectúe por motivos económicos válidos (véanse en este sentido las sentencias de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369, apartado 45, y de 10 de noviembre de 2011, Foggia — Sociedade Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718, apartado 36)..

54. En quinto lugar, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, al transponer el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros no pueden recurrir a una presunción general de fraude o evasión fiscales.

55 En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha puntualizado, a este respecto, que, para comprobar si la operación de que se trata persigue un objetivo de fraude o evasión fiscales, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de dicha operación, dado que el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se han producido o no efectivamente el fraude o la evasión fiscales, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscales e iría en detrimento del objetivo perseguido por la referida Directiva (sentencia de 10 de noviembre de 2011, Foggia — Sociedade Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718, apartado 37)”

Así pues, la DGT ha asumido las conclusiones del TJUE y en las últimas resoluciones se abstiene de opinar sobre la validez de los motivos que alega el consultante. Si en una comprobación, la AEAT, teniendo en cuenta “*las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, tanto anteriores como simultaneas o posteriores*”, concluye que los motivos de la

² La referencia al artículo 11 de la Directiva 90/434 debe entenderse efectuada al actual artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE.

operación son esencialmente de ventaja, fraude o evasión fiscal, el contribuyente podrá rebatirlos en su caso mediante la acreditación de los MEVs correspondientes.

Como decimos, el consultante de la V2214-23, como si anticipara el cambio de criterio habido en las resoluciones de la DGT respecto de los MEVs, en lugar de preguntar sobre éstos, plantea la siguiente pregunta muy relevante: En caso de que se considere que no aplica el régimen FEAC, ¿cuál es la ventaja fiscal perseguida a eliminar?

Y aquí está la respuesta novedosa por parte de la DGT.

La consulta expone una operación de canje de valores muy común: una persona física que tiene el control de una participada operativa, (no patrimonial), la aportaría a una entidad holding de la que tendría el 100%, manteniendo por tanto indirectamente el control de la operativa, aportándose los siguientes datos:

1. La adquirente registrará la sociedad adquirida por su valor de mercado.
2. Al cabo de dos años distribuirá dividendos por el valor de las reservas existentes en la fecha de la aportación.
3. La entidad aportada tiene una importante plusvalía tácita de manera que de no acoger la operación al régimen FEAC la tributación de la persona física haría esta inviable.
4. No hay ninguna previsión de venta de la entidad aportada.

Sobre estas premisas se pregunta sobre cuál sería la ventaja fiscal a regularizar en el caso de que en una comprobación de la AEAT ésta considerara que el régimen FEAC no es aplicable, ¿los dividendos distribuidos que presumiblemente gozarían de la exención del artículo 21 de la LIS? o, ¿también la ganancia diferida consecuencia de la plusvalía tácita?

La respuesta que ofrece la DGT, que se fundamenta en la Sentencia del TS de fecha 1503/2022 de 16 de noviembre de 2022, así como en la 463/2021 de 31 de marzo de 2021, descarta que pueda considerarse que la ganancia cuya tributación se difiere constituya la ventaja fiscal de la operación dado que dicho diferimiento está ínsito en el régimen de neutralidad³ y es precisamente la razón de este régimen, para evitar que operaciones de reestructuración dejen de efectuarse como consecuencia de la tributación de las plusvalías latentes que se materializan en la operación.

En consecuencia, la administración no puede establecer que el régimen FEAC no aplica a una operación porque se ha realizado principalmente para obtener una ventaja fiscal, considerando que el diferimiento de la potencial ganancia es la ventaja fiscal que impide la aplicación del régimen, dado que el diferimiento es la consecuencia de la aplicación del régimen. La ventaja

³ D. Eduardo Sanz Gadea, en su Documento de Trabajo 1/2022 “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial”, Instituto de Estudios Fiscales, opina lo siguiente en relación con la Sentencia Euro Park Service, Página 19 “4.3. Tipificación objetiva versus análisis individualizado. Europark (14-16). En efecto, lo relevante no es que el interesado pruebe que la operación se halle respaldada por motivos económicos válidos sino que, mediante el procedimiento administrativo correspondiente, se neutralice la ventaja fiscal pretendida, en el bien entendido que, obviamente, esa ventaja fiscal no puede identificarse con el efecto de diferimiento propio del régimen fiscal especial ni, tampoco, con una finalidad fiscal si la misma no implica la infracción de una norma tributaria”.

fiscal a eliminar ha de ser otra cosa, no el diferimiento de la ganancia que nace por la propia ejecución de la operación.

Por tanto, la respuesta a la pregunta del contribuyente es que no se debería regularizar como ventaja fiscal, en su caso, el diferimiento de la plusvalía derivada de aportar las acciones en sede de la persona física aportante.

La DGT tampoco dice que la ventaja fiscal a regularizar sean los dividendos distribuidos. No puede decirlo, porque en base a lo establecido por el TJUE no cabe calificar de forma generalizada y apriorística cualquier consecuencia fiscal positiva de una operación de reestructuración como una ventaja fiscal perseguida.

Para llegar a una conclusión primero debería acreditarse por la administración tributaria, revisando cada caso de forma específica y procediendo a un examen global de la operación, que ésta no tiene otro objeto para su realización que la obtención de una ventaja fiscal, como pudiera ser la no tributación por los dividendos (tributación 1,25%), o bien que esta ventaja es muy preponderante respecto de cualquier otra posible ventaja económica.

En dicho escenario el contribuyente debería acreditar los motivos económicos que han guiado la operación, y, de no poder acreditarlos ello constituiría un indicio de que efectivamente la operación se realizó para obtener esa concreta ventaja fiscal.

Sobre cuales podrían ser los MEVs que justificaran la operación de canje nada se dice en la V2214-23, ni constan planteados por el consultante ni la DGT menciona nada al respecto.

En nuestra opinión, en un supuesto como éste, podría entenderse que hay MEVs si los dividendos se destinan a actividades económicas justificadas, y resultaría en cambio mucho más complicado acreditarlos si tras distribuirlos se remansan en la nueva holding como mero recurso financiero o se utilizan para atender a necesidades privadas de los socios.

La consulta V2214-23 tras aclarar que no cabe la calificación apriorística del reparto de dividendos como ventaja fiscal a eliminar, apunta que, en caso de que sí quedara acreditado por los órganos de comprobación e inspección que la operación no persigue una finalidad económica distinta a la ventaja fiscal derivada de la tributación de los dividendos debería eliminar esta ventaja fiscal, por tanto, entendemos, hacer tributar los dividendos sin aplicación del artículo 21 de la LIS, e introduce, *“sin perjuicio del régimen sancionador que pudiera corresponder”*. Cabe subrayar que esta remisión al régimen sancionador no se incluye habitualmente en las resoluciones a consultas sobre el Régimen FEAC y esta es una mención negativa.

Más allá de su calificación o no como ventaja fiscal a regularizar, en relación con la tributación de los dividendos, la DGT procede a revisar el tratamiento contable dado por la consultante, que corrige, atendido que al tratarse de una operación entre empresas del grupo no debe registrarse en la holding a valor de mercado sino por su coste de adquisición para el aportante de conformidad con lo establecido en la Norma de Valoración nº 21 del Plan General de Contabilidad.

No obstante, el registro contable tiene una importancia relativa a efectos fiscales, porque precisamente el régimen FEAC conlleva que el coste fiscal de las participaciones aportadas

sea el coste fiscal en el aportante, por lo que con independencia de que se registren los dividendos como menor coste contable de la cartera o como ingreso financiero, en la medida que el coste fiscal del aportante sea inferior a los dividendos distribuidos fiscalmente tributarán como dividendos. La consulta reconoce que a los dividendos les será de aplicación el apartado primero del artículo 21 por tanto aplicarán la exención al 95%.

En consecuencia, para las operaciones acogidas al régimen FEAC que se encuentren en estos momentos en fase de comprobación e investigación o en un procedimiento de litigación tributaria, en los que la inspección tributaria haya procedido a regularizar las operaciones acogidas al régimen FEAC, enfocando su regularización en la insuficiencia o inexistencia de MEVs exclusivamente, así como en aquellos casos en los que se haya regularizado el diferimiento de la ganancia tácita en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o en el Impuesto sobre Sociedades como consecuencia de la operación, esta consulta puede ser una buena noticia.

En ambos escenarios el contribuyente, que ya tenía apoyo a estos argumentos en varias Sentencias del TJUE y del TS, puede reforzar sus argumentos con el criterio emanado de las recientes consultas de la DGT, y, particularmente de la V2214-23 según comentado en esta nota.

Ahora bien, no dudemos que si la inspección tributaria no puede, a partir de ahora, regularizar el impuesto derivado de la ganancia diferida en las operaciones acogidas al régimen FEAC, va a considerar como ventaja fiscal a eliminar, cualquier tratamiento fiscal ventajoso que potencialmente se pueda producir tras la operación acogida al régimen FEAC, y va a contraponer dicho tratamiento con los MEVs que el contribuyente alegue para su operación de reestructuración y en este escenario tiene “muchas papeletas” de ser regularizada la eventual aplicación en el futuro del artículo 21 de la LIS.

Por tanto, a pesar de lo que algunos titulares de artículos han dicho en torno a la V2214-23, esta consulta no acaba con los MEVs, y seguirá siendo esencial que estos existan y que la razonabilidad y el sentido económico de la operación de reestructuración sean claros e indiscutibles.

La reproducción, copia, uso, distribución, comercialización, comunicación pública o cualquier otra actividad que se pueda realizar con el contenido de este documento, incluida su publicación en redes sociales, queda condicionada a previa autorización de la AEDAF.