

Aportación de acciones por personas físicas

Análisis de la RTEAC de 27 de mayo de 2024, RG 6513/2022

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado) (España)

Extracto

La presente colaboración versa, al hilo de una resolución del TEAC, sobre la aplicación de la norma antiabuso en las operaciones de aportación de acciones, por parte de personas físicas, a entidades tipo *holding*, haciendo especial hincapié en el papel y funciones de los motivos económicos válidos, así como en la técnica de regularización desplegada, en orden a la neutralización de la pretendida ventaja fiscal, esbozando los efectos colaterales que podría provocar.

Publicado (en avance online): 18-11-2024

1. Supuesto de hecho

El hecho que da lugar a la regularización tributaria es la aportación, por parte de una persona física, de las acciones sobre una entidad operativa a otra entidad de tipo *holding*.

El contribuyente acogió la operación al régimen fiscal de diferimiento del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS (LIS). Consecuentemente, la ganancia patrimonial puesta de manifiesto con ocasión de la aportación no tributó por el IRPF.

En sucesivos ejercicios, la entidad operativa procedió a la distribución de beneficios con cargo a reservas existentes en el momento de la aportación.

Cómo citar: Sanz Gadea, E. (2024). Aportación de acciones por personas físicas. (Análisis de la RTEAC de 27 de mayo de 2024, RG 6513/2022). *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 501, 115-136. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.24069>

El contribuyente había presentado una consulta ante la Dirección General de Tributos (DGT). En ella, describió la operación y enumeró los motivos que la animaban, en síntesis: separar el patrimonio personal y mercantil, simplificar la organización, centralizar las decisiones y la tesorería, crear un vehículo para la realización de nuevas inversiones financiadas con los dividendos distribuidos por la entidad operativa, potenciar la capacidad financiera y facilitar la sucesión.

Esos motivos fueron considerados válidos, en el sentido del artículo 89.2 de la LIS, sin perjuicio de la comprobación administrativa (consultas de la DGT V2447/2017 –NFC066348– y V2448/2017 –NFC066349–, ambas, de 2 de octubre).

La Inspección tributaria entendió que los motivos alegados no estaban soportados por los hechos y concluyó que la operación tenía una finalidad puramente fiscal, a saber, eludir la tributación por el IRPF de los dividendos distribuidos por la entidad operativa mediante la interposición de la entidad *holding*, de manera tal que retiró el régimen fiscal de diferimiento, determinando una ganancia patrimonial (art. 37.1 d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF –LIRPF–), prevaleciendo como minuyendo el valor nominal de las acciones recibidas de la entidad *holding*.

2. Doctrina del tribunal

La resolución del TEAC plantea dos cuestiones:

- ¿Procede aplicar el régimen fiscal de diferimiento?
- ¿Cómo ha de regularizarse, en caso de no proceder?

2.1. La aplicación del régimen de diferimiento

Tras el concienzudo análisis de un conjunto de sentencias del TJUE y del TS, la resolución del TEAC llega a la conclusión de que es pertinente rechazar la aplicación del régimen fiscal de diferimiento, por cuanto:

- Existe una ventaja fiscal, cuantificada en el importe de la diferencia entre la tributación de los dividendos distribuidos por la entidad operativa, *ex ante* (tributación por el IRPF) y *ex post* (exención por el IS) de la aportación.
- Esa ventaja fiscal es abusiva, por cuanto la operación no está soportada por motivos económicos válidos. A tal efecto, realiza un exhaustivo análisis de los motivos económicos alegados por el contribuyente, rechazando su efectividad por cuanto: continúa la toma de decisiones por la persona física, ahora como administradora;

la entidad *holding* no realiza inversiones empresariales, sino puramente patrimoniales, adquiriendo acciones y participaciones en ILC, lo que descarta la centralización de tesorería y la potenciación de la capacidad financiera de la *holding*; facilitar la sucesión no es un motivo económico válido.

La resolución del TEAC cita la STS de 25 de mayo de 2012 (rec. núm. 3944/2009 –NFJ047769–), la cual retiró el diferimiento en un supuesto similar, enfatizando que la entidad *holding* realizaba, con cargo a los dividendos recibidos de la entidad operativa, inversiones inmobiliarias y financieras, esto es, no empresariales, lo que implicaba una suerte de transferencia de los fondos empresariales a necesidades particulares de las personas físicas que realizaron la aportación.

En este sentido, se puede apuntar que la naturaleza de las inversiones realizadas por la entidad *holding*, con cargo a los dividendos procedentes de la entidad operativa, ha merecido una atención particular, ya que:

un aspecto clave para apreciar, en este tipo de operaciones en las que se constata un ahorro fiscal en cuanto a la distribución de los dividendos, la concurrencia de «motivos económicos válidos» radicaría en la reinversión de éstos, es decir, en la vuelta al circuito empresarial o económico de los dividendos residenciados en sede de la entidad interpuesta. Dicho de otro modo, que no acaben, de una u otra forma, revirtiendo en beneficio directo de la persona física aportante, sirviendo a sus necesidades personales, porque, en ese caso, sería evidente que se habría obtenido una «ventaja fiscal» a través de una conducta o actividad fraudulenta, lo que la convertiría en «abusiva» en los términos expuestos.

2.2. La regularización

La originalidad de la resolución del TEAC descansa en la forma en cómo debe practicarse la regularización. La regularización ha de consistir en neutralizar los efectos abusivos de la operación, respetando los no abusivos, de manera tal que:

La solución que, a juicio de este TEAC, mejor encaja para lograr una adecuada aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS en casos como el que nos ocupa pasa, una vez declarado que la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, por imputar el ajuste a realizar, esto es, la corrección de sus efectos abusivos, a medida que estos se van produciendo, lo que, en este caso, implica hacerlo en cada uno de los ejercicios en los que el socio aportante obtiene o logra, de forma efectiva, la disponibilidad de los beneficios que estaban acumulados en la sociedad operativa antes de la aportación de sus acciones en la entidad operativa a aquélla.

De manera tal que:

Como hemos visto, a medida de que el socio, persona física, vaya logrando, de forma indirecta a través de la *holding*, la disposición de los beneficios de la entidad operativa (recordemos, los acumulados en esta durante el tiempo de tenencia de sus títulos por la persona física hasta el momento en que se aportaron a la *holding*) deben venir de la aplicación de lo dispuesto en el artículo del 37.1.d) de la LIRPF, aplicado, en coordinación con el artículo 14.2 d) de la LIRPF (operaciones a plazos) a medida que vaya obteniendo, a través de la *holding*, la disponibilidad de esos beneficios que, en realidad, representan la parte del valor de transmisión de su aportación que no se tuvo en cuenta en el momento de la aportación por la aplicación del Régimen FEAC que, de este modo, en atención a que ha sido declarado abusivamente obtenido, se debe inaplicar parcialmente.

Así pues, a medida que se vayan distribuyendo los dividendos con cargo a reservas existentes en la entidad operativa en el momento de la aportación, la persona física que realizó la aportación deberá tributar, en concepto de ganancia patrimonial, por el importe de aquellos.

3. Comentario crítico

La concurrencia de la ventaja fiscal con la ausencia de motivos económicos válidos determinó que la resolución del TEAC apreciara el carácter fraudulento de la operación. La regularización establecida supuso la retirada del régimen fiscal de diferimiento, en forma tal que tuviera por efecto la eliminación de la ventaja fiscal. Consiguientemente, los comentarios críticos han de versar sobre esos dos aspectos.

3.1. Papel y funciones de los motivos económicos

El artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, actual artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE, autoriza a los Estados miembros a retirar el régimen fiscal de diferimiento cuando la operación tuviere «como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal», indicando que:

El hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

La Ley 29/1991 transpuso la Directiva 90/434/CEE, previendo la retirada del régimen fiscal de diferimiento cuando, dentro del procedimiento de comprobación, hubiere quedado probado que la operación se hubiere realizado «con fines de fraude o evasión fiscal», sin mencionar los motivos económicos válidos. Lo propio hizo la Ley 43/1995.

La Ley 14/2000 dio a los motivos económicos válidos la categoría de requisito de aplicación del régimen fiscal de diferimiento, estableciendo que el mismo:

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.

Al tiempo, concedió la vía de la consulta vinculante respecto de la consideración que merecían los motivos explicitados, sin perjuicio de su constatación en sede del procedimiento de comprobación.

La LIS reprodujo ese párrafo, de manera tal que revalidó la función de los motivos económicos válidos a modo de requisito de aplicación del régimen fiscal de diferimiento, pero añadió un párrafo concerniente al alcance de la regularización, que más adelante se comenta, puesto que está en el núcleo de la resolución del TEAC.

Ni el artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, actual artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE, ni las sentencias del TJUE, en particular en el caso Euro Park (asunto C-14/16 –NFJ065785–), respaldan que los motivos económicos válidos tengan la consideración de requisito de aplicación del régimen fiscal de diferimiento, cuya concurrencia haya de ser probada por el contribuyente. Lo que se desprende de esos instrumentos jurídicos es que su ausencia, probada por la Inspección tributaria, constituye el hecho-base de una presunción, rebatible, cuyo hecho-consecuencia es que la operación se ha realizado por motivo de fraude o evasión fiscal.

Consecuentemente, el contribuyente no estará obligado a probar que la operación se ha realizado por motivos económicos válidos, a modo de requisito para la aplicación del régimen fiscal de diferimiento, pero sí podrá rebatir las pruebas aportadas por la Inspección tributaria relativas a la ausencia de motivos económicos válidos.

La doctrina del caso Euro Park (asunto C-14/16 –NFJ065785–) ha sido recibida por la doctrina administrativa y la jurisprudencia. En efecto, al menos desde principios de 2023, las consultas de la DGT han incorporado, sistemáticamente, el siguiente párrafo:

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).

La consulta de la DGT V2214/2013, de 5 de julio (NFC048459), precisa que:

Los motivos económicos válidos no constituyen un requisito *sine qua non* para la aplicación del régimen fiscal de reestructuración, sino que su ausencia constituye una presunción de que la operación puede haberse realizado con el objetivo principal de fraude o evasión fiscal.

La STS de 16 de noviembre de 2022 (rec. núm. 89/2018 –NFJ088153–) afirma que:

En definitiva, el que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades participantes, puede constituir una presunción de que la operación tiene como objetivo principal el fraude o evasión fiscal, esto es, conseguir una ventaja fiscal indebida.

La apreciación de la función de los motivos económicos está vinculada al criterio que se mantenga respecto del fundamento del régimen fiscal de diferimiento.

En efecto, para quienes ese régimen representa un privilegio fiscal, la concurrencia de una motivación económica es un requisito. Enlaza así, esta postura, con la perspectiva derivada de la Ley 76/1980, precisamente derogada por la Ley 29/1991, la cual concedía una bonificación de hasta el 99 % en relación con las plusvalías puestas de manifiesto en aquellas operaciones de reestructuración que «sin implicar restricciones a la libre competencia mejoren la estructura organizativa de las empresas que se integren en beneficio de la economía nacional».

Por el contrario, para quienes dicho régimen no representa un privilegio fiscal, sino la normativa adecuada a las operaciones concernidas, diseñada para, según advierten las consideraciones preliminares de la Directiva 90/435/CEE, «permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común», la motivación económica es algo que ha de darse por supuesto, de manera tal que su ausencia tan solo delata, presuntamente, una finalidad fraudulenta. A raíz de Euro Park, la doctrina administrativa y la jurisprudencia se inscriben, plenamente, en esta línea de pensamiento y, consecuentemente, a su tenor deberá interpretarse el artículo 89.2 de la LIS, por más que su literalidad, en particular a la vista del párrafo primero, permita la interpretación alternativa.

En el caso de la resolución del TEAC, los motivos económicos fueron alegados por el contribuyente, a modo de justificación de un requisito de aplicación, mediante la presentación de una consulta vinculante. Hoy en día, tras el nuevo criterio explicitado en las

consultas de la DGT, correspondería a la Inspección tributaria justificar, a la vista de una ventaja fiscal perfectamente identificada, que la operación no responde a ningún motivo económico, sino al designio de obtener tal ventaja fiscal. Se pone así el acento en la ventaja fiscal, antes que en los motivos económicos, lo que se hallaría en perfecta sintonía con la STS de 16 de noviembre de 2022 (rec. núm. 89/2018 –NFJ088153–), según la cual: «Lo determinante viene a ser la finalidad elusiva o evasiva, no en si concurre un motivo económico válido, puesto que este se configura como hecho base de una presunción cuya consecuencia es la finalidad fraudulenta prohibida».

3.2. La ventaja fiscal

¿Toda ventaja fiscal ha de motivar una regularización tributaria? ¿Solamente aquella que pueda ser considerada como abusiva? ¿Cuándo una ventaja fiscal es abusiva?

Antes de dar respuesta a esas cuestiones conviene precisar que, en términos puramente objetivos, la ventaja fiscal se presenta cuando la carga tributaria disminuye como consecuencia de la operación FEAC (fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social) efectuada.

En el caso de la resolución del TEAC, la ventaja fiscal se concreta en la menor tributación de los dividendos distribuidos por la entidad operativa por aplicación de la exención del artículo 21 de la LIS. Ahora bien, este efecto se dará en todas las operaciones de aportación de acciones por parte de personas físicas. Si la ventaja fiscal, por sí misma, fundamentase la regularización, la consecuencia sería que el régimen fiscal de diferimiento no se aplicaría a estas operaciones en ningún caso. Bien se comprende que esta conclusión es inadmisibles, lo que conduce a afirmar que solamente podrán ser regularizadas las operaciones determinantes de una ventaja fiscal abusiva.

La resolución del TEAC, tras distinguir entre la ventaja fiscal abusiva y no abusiva, basa la distinción entre ambas en la finalidad de la operación. Si esta es puramente fiscal, la ventaja será abusiva, mas, si concurre una finalidad económica, no lo será. De aquí el concienzudo análisis que se realiza en la resolución de los motivos económicos alegados por el contribuyente. En particular, tuvo un peso decisivo la naturaleza de los activos en los que la entidad *holding* invirtió el importe de los dividendos percibidos de la entidad operativa, consistentes en acciones no determinantes de participación significativa y participaciones en IIC, esto es, inversiones propias de la colocación de la renta ahorrada por las personas físicas, antes que de naturaleza empresarial. En esta línea, la resolución del TEAC trajo a colación la STS de 25 de mayo de 2012 (rec. núm. 3944/2009 –NFJ047769–), en la que, efectivamente, tuvo una influencia decisiva la naturaleza de las inversiones acometidas por la entidad *holding*, constituida por inmuebles y participaciones no significativas, lo que implicaba una suerte de «traspaso de fondos empresariales a necesidades particulares de los socios». Cabe intuir que, si las inversiones acometidas

por la entidad *holding* hubieran sido de naturaleza empresarial, por ejemplo, participaciones de control o, cuando menos, significativas, la resolución del TEAC hubiera calificado la ventaja fiscal como no abusiva y, consecuentemente, anulado la regularización tributaria. Si así fuere, es preciso reconocer que se abriría una situación de cierta indefinición, por cuanto la naturaleza de las inversiones no es algo normativamente definido, sino que responde a percepciones usuales y, además, puede variar en los sucesivos periodos impositivos.

La resolución del TEAC no ha considerado como un motivo económico válido la preparación de la sucesión de la empresa. Sin embargo, en la Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, se propone que los Estados miembros apliquen «con independencia de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, el principio de neutralidad fiscal a las operaciones de preparación de la transmisión, como la aportación de activos, la fusión, la escisión y el canje de participaciones sociales». Se echa de menos en la resolución del TEAC una argumentación sobre el particular.

De la resolución del TEAC podría desprenderse que toda ventaja fiscal no respaldada por un motivo económico válido merecería la calificación de ser abusiva. Sin embargo, en el caso *Kofoed* (asunto C-321/05 –NFJ026003–), el TJUE apuntó que:

de la letra d) del artículo 2 y del sistema general de la Directiva 90/434 se deduce que el régimen fiscal común establecido en ella, que comprende diferentes ventajas fiscales, se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales.

Criterio que fue reiterado en el caso *Modehuis* (asunto C-352/08 –NFJ038357–). En el caso abordado por la sentencia *Modehuis*, quedó probado que las operaciones de fusión emprendidas no tenían otra finalidad que la de eludir la imposición sobre transmisiones patrimoniales, concerniente a la transmisión de una empresa de los padres a favor de los hijos. La sentencia rechazó que se negara la aplicación del régimen fiscal de diferimiento cuando la operación se llevara a cabo para defraudar un impuesto distinto de los que recaían sobre el beneficio de la sociedad o las rentas de sus socios, ya que esos eran los afectados por el régimen previsto en la Directiva 90/434/CEE. En particular, censuró que se quisiera recuperar la imposición de transmisión patrimonial defraudada mediante la tributación de las plusvalías latentes, puestas de manifiesto en las fusiones. Naturalmente, de ello no se seguía que la elusión de la imposición sobre transmisiones patrimoniales no pudiera ser corregida, pero sí que habría de serlo mediante la aplicación de normas antiabuso de carácter general o de principios jurisprudenciales.

Así pues, no toda ventaja fiscal no respaldada por un motivo económico válido ha de ser considerada abusiva y, por lo tanto, determinante de fraude o evasión fiscal. En

suma, el carácter abusivo de una ventaja fiscal no puede fundamentarse, sin más, en su finalidad puramente fiscal, esto es, desligada de cualquier motivo económico.

Véanse algunos ejemplos: canje de valores para crear una entidad dominante a efectos de tributar en consolidación fiscal; fusión de varias sociedades en cadena, con la finalidad de evitar la multiplicación del gasto estimado del 5 %. En estos supuestos, difícilmente podría calificarse la ventaja fiscal de abusiva.

El artículo 6 de la Directiva (UE) 2016/1164 establece que:

Los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes.

Puede apreciarse que, a tenor de esta norma, la ventaja fiscal abusiva es aquella que desvirtúa el objeto o la finalidad de la norma aplicable. Lo esencial, por tanto, en orden a calificar una ventaja fiscal de abusiva, es identificar la norma fiscal aplicable que ha sido eludida. A tal efecto, habrá de atenderse a la verdadera naturaleza de los actos y negocios en presencia. En particular, en un sistema jurídico basado en la causa de los negocios, será esta, en cuanto resultado práctico pretendido, la que ayude a identificar la norma fiscal aplicable que la operación realizada ha pretendido eludir.

En el caso de la resolución del TEAC, la distribución de beneficios por la entidad operativa, aplicados a inversiones propias del ahorro de los particulares, indicaría que la norma fiscal eludida es la que sujeta, por el IRPF, los dividendos percibidos por las personas físicas. Esa elusión calificaría a la ventaja fiscal como abusiva y, por tanto, determinante de fraude o evasión fiscal.

3.3. La relación entre el diferimiento y la ventaja fiscal

El contribuyente alegó, en sede del TEAC, la consulta de la DGT V2214/2013, de 5 de julio (NFC048459), en la que, entre otros aspectos, se abordó la interpretación del artículo 89.2 de la LIS, a cuyo tenor, cuando hubiere quedado probado el fraude o la evasión fiscal, «se eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal».

En la referida consulta se dice que:

En el curso de unas actuaciones de comprobación e investigación tributaria sólo podrá regularizarse la ventaja fiscal perseguida cuando haya quedado acreditado que

la operación realizada tuviera como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, tal y como dispone el primer inciso del artículo 89.2 de la Ley 27/2014, debiendo eliminarse, en consecuencia, los efectos de la referida ventaja fiscal perseguida mediante la realización de la operación de reestructuración de que se trate, distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas, inherente al propio régimen, cuando la operación se hubiere realizado con la mera finalidad de conseguir tal ventaja fiscal.

La resolución del TEAC critica vehementemente el criterio precedente, por cuanto entiende que del mismo se infiere que el régimen fiscal de diferimiento no podrá ser retirado, a pesar de haber sido probada la finalidad fraudulenta de la operación. Observa la resolución del TEAC que la retirada del régimen fiscal de diferimiento está prevista en la Directiva 2009/133/CE, que en el caso Euro Park también se prevé tal eliminación, que es contrario a la esencia de las normas antiabuso limitar sus efectos y, en fin, que se abriría una brecha en la línea de ataque a la planificación fiscal agresiva emprendida por la OCDE y la Unión Europea.

La resolución del TEAC sienta, a los efectos del artículo 239.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT), el siguiente criterio:

Quando se haya declarado, en los términos y condiciones del artículo 89.2 de la LIS, que una operación FEAC ha tenido como «principal objetivo el fraude o la evasión fiscal», se deben eliminar «exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal» obtenida por la aplicación de dicho régimen que se muestren abusivos o irregulares. Esa eliminación también puede afectar al inicial diferimiento que proporcionó la aplicación del régimen, cuando resulte necesario para la eficaz corrección del abuso producido, ya que ningún efecto fiscal puede ser inmune a las consecuencias de la acreditación de que se llegó a él de modo fraudulento o abusivo. Criterio reiterado en resoluciones TEAC de 22 de abril de 2024 (RG 6448/2022, RG 6452/2022 y de 27 de mayo de 2024 (RG 6550/2022).

Hay, aparentemente, una divergencia entre los criterios vertidos por la DGT y el TEAC. Esa divergencia dimana de la incorrecta redacción del artículo 89.2 de la LIS. En efecto, a tenor de su párrafo primero, el régimen fiscal de diferimiento deberá ser retirado en caso de fraude o evasión fiscal, en tanto que, según su párrafo segundo, la regularización eliminará, exclusivamente, los efectos de la ventaja fiscal.

La única forma de cohonestar ambos mandatos sería considerar que el diferimiento forma parte de la ventaja fiscal.

Ahora bien, diferimiento y ventaja fiscal son dos nociones absolutamente diferentes. El diferimiento es el núcleo del régimen fiscal, en tanto que la ventaja fiscal es la menor tributación que se pretende conseguir a través de la operación que se desea acoger a tal régimen. Para decirlo gráficamente, el diferimiento es el puente que permite cruzar el río sin mojarse y alcanzar la orilla bella. Puente (diferimiento) y orilla bella (ventaja fiscal).

Podría argüirse que el régimen fiscal de diferimiento supone, en sí mismo, una ventaja fiscal, por cuanto implica una suerte de excepción al régimen general, a cuyo tenor, las operaciones de fusión, escisión y aportación determinan rentas susceptibles de imposición, por otra parte, contablemente afluídas, como regla general. Ahora bien, si con ocasión de las referidas operaciones se gravaran las plusvalías latentes en los activos transferidos, tales operaciones serían, económicamente, inviables. El régimen fiscal de diferimiento es la respuesta correcta a la naturaleza de las operaciones afectadas. Así se desprende de la exposición de motivos de la Ley 29/1991:

Este régimen tributario responde a un principio básico: La neutralidad. La regulación contenida en la presente norma no estimula la realización de las operaciones antedichas, pero tampoco las obstaculiza, porque su ejecución no origina carga tributaria alguna, ni otro beneficio fiscal que el consistente en el diferimiento de aquélla.

El principio de neutralidad disipa, por sí mismo, cualquier tinte de ventaja fiscal en el régimen fiscal de diferimiento.

Dicho esto, es lo cierto que la forma de regularización establecida en la resolución del TEAC coincide, en términos cuantitativos, con la eliminación exclusiva de la ventaja fiscal pretendida, de manera tal que la divergencia entre los dos organismos administrativos tiende a diluirse. Por otra parte, debe considerarse que el texto de la consulta de la DGT V2214/2013, de 5 de julio (NFC048459), puede ser leído en el sentido de que no rechaza, apodícticamente, la retirada del régimen fiscal de diferimiento, sino que se limita a distinguir entre diferimiento y ventaja fiscal. Desde esta perspectiva, la divergencia aludida tiende a diluirse.

3.4. Las derivaciones de la regularización

Ya se ha expuesto el contenido de la regularización que, según la resolución del TEAC, debe practicarse. Ahora se trata de extraer algunas derivaciones del mismo. Para ello, es conveniente distinguir tres contribuyentes: la persona física que realizó la aportación, la entidad *holding* y las personas que, eventualmente, adquieran acciones sobre la entidad *holding*.

3.4.1. La persona física que realizó la aportación

A la vista de que la aportación ha tenido por finalidad el fraude o la evasión fiscal, dada la ventaja fiscal, determinada por la diferencia entre la tributación de los dividendos por el IRPF y por el IS, sin mediar una motivación económica válida, la resolución del TEAC concluye que procede inaplicar el régimen fiscal de diferimiento. Esa inaplicación supone la aplicación de lo previsto en el artículo 37.1 d) de la LIRPF, esto es, gravar la ganancia patrimonial puesta de manifiesto como consecuencia de la aportación, si bien modulado por

lo previsto en el artículo 14.2 d) de la LIRPF, esto es, a medida que la entidad operativa distribuya los dividendos con cargo a reservas existentes en el momento de la aportación.

3.4.1.1. Cuantificación de la ganancia patrimonial

La ganancia patrimonial se cuantifica en el importe de los dividendos distribuidos por la entidad operativa a favor de la entidad *holding*, en la medida en que procedan de reservas existentes en el momento de realizar la aportación.

El artículo 37.1 d) de la LIRPF establece tres formas de cuantificación de la ganancia patrimonial obtenida por razón de una aportación enfrentando al valor de adquisición de lo aportado el mayor de estos tres: el valor nominal de las acciones recibidas aumentado en la prima de emisión, el valor de su cotización o, en fin, su valor de mercado.

En la resolución del TEAC no se precisa cuál de las tres formas de determinar la ganancia patrimonial se aplica, pero, al identificar el importe de los dividendos distribuidos por la entidad operativa con la ganancia patrimonial, parece indicar que valora las acciones recibidas por el valor en libros o valor teórico de las acciones aportadas. Ese valor es la suma del capital más las reservas acumuladas en la entidad operativa, de manera tal que, enfrentado al valor de adquisición, determina una ganancia patrimonial igual al importe de dichas reservas.

La forma en cómo la resolución del TEAC cuantifica la ganancia patrimonial es correcta, siempre que concurren dos circunstancias, a saber, que el socio que realizó la aportación de las acciones de la entidad operativa las hubiere adquirido por su valor nominal, incluida, eventualmente, la prima de emisión, y, adicionalmente, que no existieran reservas tácitas en la entidad operativa en el momento de la aportación. Seguramente era el caso al que se enfrentaba la resolución del TEAC.

Si el socio que realizó la aportación adquirió las acciones por un precio que incluía, idealmente, el valor de las reservas existentes en el momento de la adquisición, la ganancia patrimonial, acomodándose al criterio de la resolución del TEAC, habría de cuantificarse en el importe de los dividendos distribuidos por la entidad operativa con cargo a las reservas existentes en el momento de la aportación, minorados en el importe imputable a las reservas existentes en el momento de la adquisición. Seguramente no era este el caso al que se enfrentaba la resolución del TEAC.

Si, en el momento de la aportación, existieran reservas tácitas en sede de la entidad operativa, la resolución del TEAC no aplicaría fielmente el artículo 37.1 d) de la LIRPF. Seguramente, no era este el caso al que se enfrentaba la resolución del TEAC.

La resolución del TEAC imputa la ganancia patrimonial derivada de la aportación a todos y cada uno de los periodos impositivos en los que la entidad operativa distribuya dividendos, aplicando así la regla de las operaciones a plazos o con precio aplazado, en el

sentido del artículo 14.2 d) de la LIRPF. Seguramente, se trate de una aplicación analógica, pero que casa bien con la forma de regularización diseñada por la resolución del TEAC.

3.4.1.2. Transmisión de las acciones sobre la entidad *holding*

Por aplicación del último párrafo del artículo 37.1 d) de la LIRPF, el valor de adquisición de las acciones de la entidad *holding*, en manos de la persona física que realizó la aportación, aumentará, a efectos fiscales, en el importe de los dividendos distribuidos por la entidad operativa a favor de la entidad *holding*. Por tanto, en caso de una ulterior transmisión de las acciones de la entidad *holding*, esos dividendos no sufrirán una imposición ulterior.

Ciertamente, habrá doble imposición del beneficio generado por la entidad operativa, primero en sede de la misma, por el IS, y luego en sede del socio que realizó la aportación, por el IRPF, pero esa doble imposición es la propia del régimen general de relación entre el IS y el IRPF. El aumento de valor de las acciones sobre la entidad *holding* lo que evita es la triple imposición.

3.4.1.3. La incidencia de la prescripción

Entre la aportación y la distribución de los dividendos puede mediar un tiempo que rebase el plazo de prescripción.

Una vez declarado, mediante la correspondiente regularización, que la operación de aportación es fraudulenta, no habrá obstáculo para que se desplieguen los efectos inherentes a todas las distribuciones de dividendos con cargo a reservas existentes en la fecha de la aportación. La distancia en el tiempo entre aportación y distribución de dividendos es irrelevante. Lo relevante es la declaración de que la aportación determina fraude o evasión fiscal. A partir de aquí han de desplegarse todos sus efectos, cualquiera que fuere el periodo o periodos impositivos en los que los mismos se produjeran, hasta el agotamiento de las reservas existentes en el momento de la aportación.

Pudiera acontecer que el periodo impositivo en el que se realizó la aportación estuviere prescrito, pero que no lo estuvieren aquel o aquellos en los que la entidad operativa distribuya los dividendos. En este caso será de aplicación lo previsto en el artículo 115 de la LGT, de manera tal que la Inspección tributaria podrá comprobar los hechos determinantes de la impertinencia de aplicar el régimen fiscal de diferimiento, proyectando la regularización, exclusivamente, respecto de los periodos impositivos, no prescritos, en los que se produjo la distribución de los dividendos.

Los dividendos pueden distribuirse, formalmente, con cargo a reservas existentes en el momento de la aportación, pero también con cargo a beneficios del ejercicio, aun existiendo aquellas. La culminación de los objetivos de la resolución del TEAC sugiere que la regularización será pertinente respecto de todas las distribuciones de beneficios

habidas con posterioridad a la aportación, cualquiera que fuere la cuenta contable de cargo, hasta el importe de dichas reservas. Habrá de suponerse, a estos efectos, que los primeros beneficios distribuidos proceden de dichas reservas, aun cuando, a efectos mercantiles, la distribución se haya realizado con cargo a beneficios obtenidos en ejercicios posteriores a la aportación.

3.4.1.4. Tributación de salida

En el supuesto de que la persona física que realizó la aportación pierda su condición de residente en territorio español, antes de que las reservas existentes en el momento de realizar la aportación hayan sido distribuidas, se plantea la pertinencia de aplicar lo previsto en el artículo 14.3 de la LIRPF, concerniente a la pérdida de la condición de contribuyente por el IRPF. Puesto que la propia resolución del TEAC se apoya en el artículo 14.2 d) de la referida ley, parece que la respuesta ha de ser positiva. En tal caso, deberá integrarse en la base imponible del último periodo impositivo en el que el contribuyente deba declarar por el IRPF el remanente de las reservas existentes en el momento de la aportación. No obstante, cuando el traslado de residencia fuere a otro Estado miembro de la Unión Europea, el contribuyente podrá optar por presentar declaraciones, por el IRPF, relativas a los periodos impositivos en los que se vayan produciendo las distribuciones de dividendos.

3.4.1.5. Aplicación de porcentajes reductores

Puesto que la distribución del dividendo por parte de la entidad operativa motiva una ganancia patrimonial, en los términos del artículo 37.1 d) de la LIRPF, será aplicable lo previsto en la disposición transitoria novena de dicha ley, relativa al régimen transitorio aplicable a las ganancias patrimoniales derivadas de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994.

La cantidad resultante, tras la aplicación de los porcentajes reductores, se integrará en la base del ahorro. De esta manera, la transformación del dividendo distribuido por la entidad operativa en ganancia patrimonial del socio que realizó la aportación podría determinar una disminución sensible de la tributación.

3.4.1.6. Dividendos distribuidos con cargo a beneficios posteriores a la aportación

Los dividendos distribuidos con cargo a beneficios generados por la entidad operativa con posterioridad a la aportación no motivan la regularización prevista en la resolución del TEAC. Esos efectos se constriñen a los distribuidos con cargo a las reservas existentes en el momento de la aportación.

Cuando en la entidad operativa coexistan reservas existentes en el momento de la aportación con beneficios posteriores, se plantea el problema de discernir con cargo a cuál de las dos cuentas ha sido distribuido el dividendo.

Desde una perspectiva formal, bastaría con atender al acuerdo de distribución. Esa perspectiva se oscurece cuando la distribución se realiza con cargo a reservas engrosadas con beneficios posteriores a la aportación. El artículo 31.2 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 ofrece la solución, al indicar que:

Cualquier reparto de reservas disponibles se calificará como una operación de «distribución de beneficios» y, en consecuencia, originará el reconocimiento de un ingreso en el socio, siempre y cuando, desde la fecha de adquisición, la participada o cualquier sociedad del grupo participada por esta última haya generado beneficios por un importe superior a los fondos propios que se distribuyen.

Sin embargo, como anteriormente se ha apuntado, desde una perspectiva apegada al sentido de la resolución del TEAC, tal vez debiera entenderse que toda distribución de beneficios posterior a la aportación habría de considerarse efectuada con cargo a reservas existentes en el momento de su realización, hasta que se agotare su importe, cualquiera que fuere el contenido del acuerdo de distribución.

3.4.2. La entidad *holding*

La regularización establecida por el TEAC versa sobre la persona física que realizó la aportación. Ahora bien, la entidad *holding* es una suerte de puente entre la entidad operativa y los socios, personas físicas, y de ello se derivan ciertas consecuencias que, si bien no explicitadas en la resolución del TEAC, pueden ser deducidas a partir de la misma.

3.4.2.1. Redistribución de los dividendos percibidos de la entidad operativa

La tributación de los dividendos percibidos por la entidad *holding* y la de su eventual redistribución a sus socios, personas físicas que realizaron la aportación, está determinada por el valor por el que dicha entidad deba contabilizar las acciones recibidas.

El problema se presenta en relación con los dividendos distribuidos por la entidad operativa con cargo a las reservas existentes en el momento de la aportación.

La pretensión del contribuyente de acoger la operación de aportación al régimen fiscal del diferimiento determina, inicialmente, que el valor fiscal de las acciones de la entidad operativa, recibidas en la aportación por parte de la entidad *holding*, coincida con el valor que las mismas tenían en sede de la persona física que realizó la aportación. La

regularización de la operación FEAC motivará que, a medida en que la misma se vaya produciendo, desaparezca el valor fiscal. En efecto, el valor fiscal, como concepto del régimen fiscal de diferimiento, solo tiene sentido mientras el mismo sea aplicable.

En los libros de contabilidad, prevalecerá, obviamente, el valor contable. No obstante, no es claro cuál deba ser ese valor contable y, sin embargo, tal valor es relevante en orden a resolver la cuestión de la tributación de los dividendos percibidos y, eventualmente, redistribuidos por la entidad *holding*.

La norma de registro y valoración 21.2.1.^a del PGC llevaría a un valor contable coincidente con el valor de adquisición de las acciones de la entidad operativa por parte de la persona física que realizó la aportación. De esta manera, coincidirían, inicialmente, los valores contable y fiscal. Sin embargo, tal norma versa sobre operaciones entre empresas del grupo, lo que no parece ser el caso de la operación que nos ocupa. En efecto, la persona física que realiza la aportación no forma parte del grupo. Con todo, es lo cierto que la consulta del consulta 2 del BOICAC número 91, de 1 de octubre de 2012 (NFC045468), postula la aplicación de dicha norma, sobre la base de un razonamiento basado en la analogía, por más que haya debido reconocer que «la operación no se realiza en sentido estricto entre empresas del grupo, porque el transmitente es la persona física que controla ambas sociedades».

A la vista de la dificultad apuntada, podría sostenerse que la norma aplicable sería, más bien, el artículo 15 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019, que apela, con carácter general, en el caso de aportaciones no dinerarias, al valor razonable. En ausencia de reservas latentes en sede de la entidad operativa, ese valor coincidiría con el valor en libros o valor teórico. Bajo esta consideración, el artículo 31.1 de la referida resolución llevaría a contabilizar los dividendos percibidos por la entidad *holding*, con cargo a las reservas existentes en la entidad operativa en el momento de la aportación, contra el valor de las acciones de la entidad operativa, antes que como ingresos. Esto casaría bien con la doctrina de los frutos civiles y resolvería, de raíz, la cuestión. Simplemente, no habría dividendos que redistribuir. No se presentaría, pues, la triple imposición de beneficios (IS en la entidad operativa, incremento de patrimonio en el IRPF y dividendos en el IRPF). Quedaría, eso sí, la doble imposición económica que, con carácter general, rige las relaciones IS/IRPF. En este caso, por la tributación del beneficio en sede de la entidad operativa por el IS y su vuelta a tributar en el IRPF, en cuanto ganancia patrimonial del socio, persona física.

Supuesto que la entidad *holding* contabilizase las acciones de la entidad operativa recibidas en aportación al valor por el que fueron adquiridas por la persona física que realizó la aportación, los dividendos percibidos de la entidad operativa habrían de contabilizarse como ingresos y disfrutarían de la exención del artículo 21 de la LIS. Si el resultado contable así determinado fuere redistribuido, en concepto de dividendo, a la persona física que realizó la aportación, esta debería integrarlo en la base imponible del ahorro del

IRPF. En tal caso, el propósito de fraude o evasión fiscal no se habría realizado y, consecuentemente, no procedería la regularización de la operación FEAC. Por tanto, habría de revertirse la regularización practicada, consistente, ya se ha visto, en el cómputo de una ganancia patrimonial por el artículo 37.1 d) de la LIRPF. De esta manera, tampoco se presentaría la triple imposición de beneficios, sino la doble imposición propia, como se ha indicado, de las relaciones ente el IS y el IRPF. En este caso, por la tributación del beneficio en sede de la entidad operativa por el IS y su vuelta a tributar en el IRPF, en cuanto dividendo del socio, persona física.

Adicionalmente, podría, simplemente, postularse la no tributación de los dividendos distribuidos por la entidad operativa ni en sede de la entidad *holding* ni en sede de la persona física, puesto que la regularización de la operación FEAC establecida por la resolución del TEAC ya habría procurado la tributación de los mismos. Con ser equitativa esta propuesta, carecería de respaldo normativo. En efecto, lo que ha acontecido es que la ventaja fiscal supuestamente pretendida ha sido desmentida, total o parcialmente, por los hechos posteriores.

Bien se comprende que este escenario arroja una complejidad notable, por cuanto los tiempos de la aportación, la regularización y la redistribución de los dividendos son distintos.

Los dividendos distribuidos por la entidad operativa con cargo a beneficios generados después de la aportación tributarán de acuerdo con las reglas generales. Por tanto, disfrutarán de la exención del artículo 21 de la LIS, y su redistribución a los socios, personas físicas, tributará por el IRPF, en concepto de renta del ahorro.

3.4.2.2. Transmisión de las acciones recibidas en aportación

En caso de que la entidad *holding* transmita las acciones sobre la entidad operativa, ha de considerarse que en el precio de venta se reflejan, idealmente, los siguientes componentes: el capital y la prima de emisión, las reservas contabilizadas, las reservas tácitas.

La plusvalía que, en su caso, obtuviere la entidad *holding* estará exenta de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la LIS, sin que sea aplicable lo previsto en su apartado 4 b), toda vez que no será aplicable, valga la redundancia, el régimen fiscal de diferimiento, en los términos de la resolución del TEAC.

En atención a la filosofía de esa resolución, cabe entender que, si en el momento de la transmisión subsisten, en la entidad operativa, reservas existentes en el momento de la aportación, la porción de plusvalía imputable a las mismas motivará una ganancia patrimonial en los socios, personas físicas, que realizaron la aportación, con fundamento en el artículo 37.1 d) de la LIRPF.

Más dudoso es que esa misma tributación sea pertinente respecto de las reservas latentes en el momento de la aportación, por más que estas pudieren, según los casos, ser identificadas a través del valor dado a las acciones aportadas en la escritura de aportación.

3.4.3. Las personas que adquirieron la participación *ex post* de la aportación

Los socios, personas físicas, que no realizaron la aportación, por cuanto adquirieron la participación en un momento posterior, no sufrirán los efectos de la resolución del TEAC. Estos efectos solo se proyectan sobre los socios que realizaron la aportación.

Nótese que las reservas existentes en el momento de la aportación, en cuanto subsistentes en el momento de la transmisión de las acciones de la entidad *holding* a los nuevos socios, están, idealmente, comprendidas en el precio de la misma. Por consiguiente, habrán sido sometidas a tributación.

3.5. La figura de la sociedad instrumental

La distinta tributación de las rentas, según que sean obtenidas por personas físicas o jurídicas, en particular en lo concerniente a la eliminación de la doble imposición económica, podría dar lugar a la constitución o utilización de entidades jurídicas con una finalidad puramente fiscal.

Sobre el papel es fácil reprochar estas prácticas, habida cuenta de la concepción espiritualista del negocio jurídico en el sistema jurídico español, plasmada en el artículo 1275 del Código Civil, a cuyo tenor, los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. Entendiendo la causa como el efecto práctico que se pretende alcanzar con el negocio jurídico formalizado, si tal efecto es burlar la norma fiscal, aparecería, nítidamente, la causa ilícita. Sin embargo, en la realidad del tráfico jurídico, los efectos mercantiles pueden entretenerse con los puramente fiscales, en cuyo caso es difícil apreciar si concurre, o no, la ilicitud de la causa. Así, en la decisión de desarrollar una actividad empresarial bajo forma jurídica podría concurrir el deseo de huir de la progresividad propia del IRPF, pero la finalidad primordial sería la limitación de responsabilidad.

Un sistema fiscal relativo a la imposición sobre la renta bien construido tendería a superar la distinta tributación de las rentas, así como la doble imposición económica. Existen técnicas, bien conocidas, para lograr esa idónea construcción, a saber, la transparencia fiscal y la integración del IS con el IRPF. La primera estuvo vigente desde la Ley 44/1978 hasta la Ley 46/2002, creadora del régimen fiscal de las sociedades patrimoniales, derogado por la LIRPF. La segunda fue inaugurada por la Ley 42/1944 y suprimida por la Ley LIRPF. Excede a los propósitos de la presente colaboración profundizar en esas técnicas y en las causas de su postergación.

Una llamada, aunque tímida, en el sentido apuntado, se encuentra en la propuesta 23 del Comité de Personas Expertas para elaborar el *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria* (2022), la cual, refiriéndose a las denominadas entidades patrimoniales, recomienda:

mantener su condición formal de sujetos pasivos del IS, pero sometiéndolas a un régimen de transparencia fiscal obligatoria (imputación de los, en su caso, beneficios a los socios personas físicas). En este supuesto, deberían establecerse mecanismos para evitar o corregir la doble imposición respecto de los dividendos.

Sea como fuere, es lo cierto que, hoy en día, las técnicas inherentes a la correcta construcción del sistema de imposición sobre la renta han sido preteridas. Buena parte de la conflictividad que rodea a las denominadas sociedades instrumentales se debe a ello.

Si retornamos al caso objeto de la resolución del TEAC, la aplicación de las referidas técnicas hubiere provocado los siguientes efectos:

- Aplicación del régimen fiscal de diferimiento. En efecto, la transparencia fiscal determina la tributación del dividendo, distribuido por la entidad operativa, en cabeza del socio persona física que realizó la aportación, de manera tal que desaparece la ventaja fiscal.
- Tributación de los dividendos distribuidos por la entidad operativa en cabeza de los socios, personas físicas, de la entidad *holding*, ya fueren los que realizaron la aportación o aquellos que adquirieron las acciones posteriormente, cualquiera que fuere la cuenta con cargo a la cual se efectuó.
- Eliminación de la doble imposición económica, si bien la propuesta 23 no precisa la técnica que seguir, tal vez porque entienda que los menores tipos de gravamen de la base del ahorro cumplan, en forma sucedánea, esa función.

La resolución del TEAC podría tener por efecto dar respaldo a la interposición de entidades *holding*, configuradas para evitar la tributación de los dividendos por el IRPF, en la medida en que enfoca la regularización, exclusivamente, respecto de los distribuidos con cargo a las reservas existentes en la entidad operativa en el momento de la realización de la aportación. Ciertamente, el carácter revisor de las funciones del TEAC tal vez no abría el paso a una consideración adicional.

Si, acaso, esa interposición se considerase irregular, la vía de regularización sería una suerte de levantamiento del velo de la personalidad, con fundamento en el artículo 15 de la LGT. Bien se comprende que ese enfoque podría implicar, lisa y llanamente, la descalificación de las entidades *holding* controladas por personas físicas, al menos, cuando las inversiones realizadas por las mismas fueren las típicas de la colocación del ahorro por parte de las personas físicas. Descalificación que, ciertamente, en los mismos términos, parece

que pueda desprenderse de la resolución del TEAC, si bien centrada, exclusivamente, en la operación de aportación, la cual quedaría expulsada del régimen fiscal de diferimiento.

Nuevamente, aparece el espectro de la deficiente estructuración del sistema de imposición sobre la renta.

Con todo, ha de observarse que el enfoque de la resolución del TEAC es moderado. En efecto, lejos de sujetar a gravamen inmediato la ganancia patrimonial derivada de la aportación, la desplaza a lo largo de los periodos impositivos en los que se vaya produciendo la distribución de las reservas existentes en el momento de la realización de la aportación, sin que, por lo tanto, afecte a las reservas tácitas que, eventualmente, pudieran existir en dicho momento ni a los beneficios posteriores.

3.6. La aplicación de las normas generales antiabuso

La argumentación precedente suscita la cuestión de la pertinencia de encomendar la regularización de las irregularidades cometidas en la realización de una operación FEAC a los procedimientos de las normas generales antiabuso. En algunos casos debatidos ante los tribunales de justicia, se formularon alegaciones en este sentido, pero las correspondientes sentencias las rechazaron sistemáticamente (STS de 31 de marzo de 2019, rec. núm. 5886/2019 –NFJ081732–, entre otras). Sin embargo, las normas forales de las tres Diputaciones vascas designan como operaciones FEAC que tienen como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal aquellas a las que resulte de aplicación lo previsto en los artículos que la correspondiente norma general tributaria consagra a la cláusula antielusión (equivalente al art. 15 de la LGT) y a la simulación (equivalente al art. 16 de la LGT).

Proyectando el artículo 15 de la LGT sobre el caso resuelto por la resolución del TEAC, podría desplegarse la siguiente argumentación: se ha «evitado la realización del hecho imponible del IRPF», constituido por la percepción de los dividendos distribuidos por la entidad operativa, en cuanto remansados en la entidad *holding*. Mediante el «artificio» de interponer una sociedad, la entidad *holding*, entre la persona física y la entidad operativa con cargo a cuyos beneficios se distribuyen los dividendos. El único efecto de la constitución y aportación de acciones es el «ahorro fiscal», descartados los motivos económicos. La «ventaja fiscal» se materializa en la exención de los dividendos percibidos por la entidad interpuesta.

Bajo el esquema del conflicto en aplicación de norma tributaria, la regularización consistiría en imputar los dividendos distribuidos por la entidad operativa a la persona física aportante. No solo los repartidos con cargo a las reservas existentes en sede de la entidad operativa en el momento de la aportación, sino también los distribuidos con cargo a beneficios posteriores.

El efecto de esta regularización iría más allá de la derivada de la resolución del TEAC, por cuanto implicaría, también, la tributación de los dividendos repartidos con cargo a

beneficios posteriores a la aportación. Los dividendos redistribuidos por la entidad *holding* no tributarían por el IRPF del socio aportante, por cuanto ya habrían sido imputados al mismo. Adicionalmente, esta regularización debería implicar el aumento del valor fiscal de las acciones sobre la entidad *holding*, ya que, de lo contrario, se produciría una triple imposición del beneficio generado por la entidad operativa, habida cuenta de que el dividendo imputado a la persona física que realizó la aportación ha quedado remanado en sede de la entidad *holding*, de manera tal que, eventualmente, se reflejará en el precio de venta de la participación sobre la entidad *holding*.

En este contexto, no se puede desconocer el debate acerca de la consideración de la economía de opción. Varias sentencias de los tribunales de justicia han explicitado que «los contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la ley más ventajosa a sus intereses, siempre que no vulnere la normativa aplicable» (STS de 21 de marzo de 2005, rec. núm. 4179/2000 –NFJ020342–, entre otras).

Proyectando este criterio sobre el caso resuelto por la resolución del TEAC, podría desplegarse la siguiente argumentación: elección realizada, la tenencia de las acciones sobre la entidad operativa a través de la entidad *holding*. El beneficio del que procede el dividendo ya ha tributado por el IS. Por tanto, no se elude la imposición, que se completará con la del IRPF con ocasión de la redistribución del beneficio por parte de la entidad *holding* o de la transmisión de las acciones sobre la misma.

Esta argumentación hubiere podido prosperar, en el ámbito de la resolución del TEAC, si los dividendos distribuidos por la entidad operativa se hubieren aplicado a activos o actividades empresariales en lugar de a activos propios de la materialización de las rentas ahorradas por las personas físicas.

En fin, la norma antiabuso del artículo 89.2 de la LIS no desplaza la calificación de las operaciones realizadas. Así, la STS de 13 de enero de 2011 (rec. núm. 1451/2006 –NFJ041942–) califica como compraventa de activos una operación FEAC de canje de valores seguida de una venta de las acciones recibidas por la entidad, extranjera, beneficiaria, y la STS de 5 de abril de 2011 (rec. núm. 3255/2006 –NFJ094093–) califica como venta de activos la aportación conjunta de activos y deudas no asociadas con aquellos. En el mismo sentido, la consulta de la DGT V0817/2024, de 22 de abril (NFC088934), observa que, tras tres operaciones concatenadas de canje de valores, aportación no dineraria y escisión parcial financiera, se esconden los efectos de una escisión parcial, no acogible al régimen fiscal de diferimiento, por cuanto los activos transmitidos no eran constitutivos de rama de actividad.

3.7. Apunte para un balance del régimen fiscal de diferimiento

La resolución del TEAC podría suscitar la impresión de que el régimen fiscal de diferimiento, inaugurado por la Ley 29/1991, ha sido fuente de conflictos. Contribuiría a ello

la multitud de consultas que ha despachado la DGT, a partir de la Ley 14/2000, y las relativamente numerosas sentencias de los tribunales de justicia.

Sin embargo, una consideración de las sentencias dictadas en los tres últimos lustros pone de relieve que los conflictos han versado sobre ciertas operaciones, pero no, desde luego, sobre el núcleo del régimen sustantivo de las figuras centrales. Una pequeña muestra de las sentencias puede ser ilustrativa. Así, han sido operaciones conflictivas: la escisión total no proporcional y la denominada escisión-venta, por cuanto procuran efectos similares a la disolución con liquidación y posterior venta de activos (STS de 15 de abril de 2013, rec. núm. 3010/2011 –NFJ051348–), si bien la exigencia de rama de actividad, establecida por la Ley 14/2000, tal vez infrinja la Directiva 2009/133/CE (ATS de 10 de abril de 2024, rec. núm. 706/2023 –NFJ092931– y recurso de incumplimiento UE); la fusión de sociedades inactivas portadoras de importantes bases imponibles negativas pendientes de compensación, en cuanto tendentes al aprovechamiento irregular de la compensación (STS de 16 de marzo de 2016, rec. núm. 1815/2014 –NFJ094092–); la fusión impropia determinante de una diferencia de fusión autogenerada (STS de 27 de octubre de 2014, rec. núm. 4184/2012 –NFJ056456–); el canje de valores-venta, en cuanto produce efectos similares a la venta de activos [STS de 13 de enero de 2011, rec. núm. 1451/2006 –NFJ041942–]; la aportación de activos con deudas no asociadas a los mismos, en cuanto produce efectos similares a la venta de activos (STS de 5 de abril de 2011, rec. núm. 3255/2006 –NFJ094093–). Casi la totalidad de las operaciones referidas han sido mencionadas en la Nota de la Agencia Tributaria sobre las operaciones de reestructuración que presentan riesgos (28 de junio de 2008).

Por otra parte, tanto la doctrina del TEAC como la contenida en las más recientes consultas de la DGT (V0864/2024, de 23 de abril –NFC088936–, entre otras), siguiendo al TJUE, en particular, a la sentencia Euro Park (asunto C-14/16 –NFJ065785–), han dejado claro que los motivos económicos válidos no son un requisito de aplicación del régimen fiscal de diferimiento, sino que juegan, en su ausencia probada por la Inspección tributaria, a modo de hecho-base de una presunción cuyo hecho-consecuencia es el fraude o la evasión fiscal, que abrirá el paso, en caso de no ser rebatida, a una regularización centrada en la eliminación de la ventaja fiscal pretendida, pero no a la anulación de los efectos del régimen fiscal de diferimiento, excepto si ello fuere necesario para suprimir tal ventaja fiscal, lo que, en buena parte de los casos, no lo será, de manera tal que el control de los aspectos fraudulentos de las operaciones FEAC, aun cuando encauzado por el artículo 89.2 de la LIS, revestirá los ropajes propios del conflicto en aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la LGT, lo que ha de reputarse positivo.