



El impuesto sobre sociedades en 2019

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

Ante la ausencia de normas publicadas en el año precedente, relativas al impuesto sobre sociedades, este año el artículo habitual de novedades del referido impuesto se ha centrado en analizar las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional más relevantes emitidas en 2019, especialmente las concernientes a operaciones financieras, de reestructuración y vinculadas, por cuanto, en buena parte, afectarán a la interpretación de los preceptos de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Palabras clave: impuesto sobre sociedades; novedades 2019; operaciones financieras; operaciones de reestructuración; operaciones vinculadas.

Cómo citar: Sanz Gadea, E. (2020). El impuesto sobre sociedades en 2019. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 446, 41-96.





The Spanish Corporate Income Tax in 2019

Eduardo Sanz Gadea

Abstract

In the absence of new Corporate Income Tax regulations in the last year, this year our regular paper on Corporate Income Tax novelties is focused on analyzing the most important Spanish Supreme Court and Spanish National Court decisions issued in 2019, especially those concerning financial transactions, reorganizations and transfer pricing, since they will affect the interpretation of the articles of the Spanish Corporate Income Tax Act (Law 27/2014).

Keywords: Corporate Income Tax; novelties 2019; financial transactions; reorganizations; transfer pricing.

Citation: Sanz Gadea, E. (2020). El impuesto sobre sociedades en 2019. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 446, 41-96.





Sumario

1. Introducción
2. Operaciones financieras
 - 2.1. Diferencia de fusión. *Leveraged-buy-out* –LBO– (SAN de 11 de enero de 2019, rec. núm. 315/2016 –NFJ073261–)
 - 2.1.1. Hechos y objeto controvertido
 - 2.1.2. Argumentación de la Sala
 - 2.1.3. Comentario crítico
 - 2.2. Préstamo participativo (SAN de 15 de julio de 2019, rec. núm. 252/2017 –NFJ075075–)
 - 2.2.1. Hechos y objeto controvertido
 - 2.2.2. Argumentación de la Sala
 - 2.2.3. Comentario crítico
 - 2.3. Gastos financieros (SAN de 5 de abril de 2019, rec. núm. 635/2016 –NFJ073939–)
 - 2.3.1. Hechos y objeto controvertido
 - 2.3.2. Argumentación de la Sala
 - 2.3.3. Comentario crítico
 - 2.4. Adquisición de acciones propias (SAN de 7 de febrero de 2019, rec. núm. 611/2016 –NFJ073562–)
 - 2.4.1. Hechos y objeto controvertido
 - 2.4.2. Argumentación de la Sala
 - 2.4.3. Comentario crítico
 - 2.5. Juros (SAN de 11 de noviembre de 2019, rec. núm. 363/2016 –NFJ075958–)
 - 2.5.1. Hechos y objeto controvertido
 - 2.5.2. Argumentación de la Sala
 - 2.5.3. Comentario crítico
 - 2.6. Derivados (SAN de 25 de febrero de 2019, rec. núm. 166/2015 –NFJ073051–)
 - 2.6.1. Hechos y objeto controvertido
 - 2.6.2. Argumentos de la Sala
 - 2.6.3. Comentario crítico
 - 2.7. Gastos financieros (SAN de 29 de marzo de 2019, rec. núm. 656/2015 –NFJ073557–)
 - 2.7.1. Hechos y objeto controvertido
 - 2.7.2. Argumentación de la Sala
 - 2.7.3. Comentario crítico

- 2.8. Recuperación de valor (SAN de 14 de noviembre de 2019, rec. núm. 238/2016 –NFJ076445–)
 - 2.8.1. Hechos y objeto controvertido
 - 2.8.2. Argumentación de la Sala
 - 2.8.3. Comentario crítico
 - 2.9. Eliminación de la doble imposición (SAN de 17 de abril de 2019, rec. núm. 384/2015 –NFJ074420–)
 - 2.9.1. Hechos y objeto controvertido
 - 2.9.2. Argumentación de la Sala
 - 2.9.3. Comentario crítico
 - 2.10. Gastos financieros. Procedimiento amistoso (SAN de 22 de abril de 2019, rec. núm. 688/2015 –NFJ073832–)
3. Operaciones de reestructuración
- 3.1. Diferencia de fusión (SAN de 23 de octubre de 2019, rec. núm. 196/2016 –NFJ076105–)
 - 3.1.1. Hechos y objeto controvertido
 - 3.1.2. Argumentación de la Sala
 - 3.1.3. Comentario crítico
 - 3.2. Aportación no dineraria (SAN de 21 de marzo de 2019, rec. núm. 71/2017 –NFJ 073361–)
 - 3.2.1. Hechos y objeto controvertido
 - 3.2.2. Argumentación de la Sala
 - 3.2.3. Comentario crítico
 - 3.3. Subrogación en el derecho a la compensación de bases imponibles negativas (SAN de 14 de octubre de 2019, rec. núm. 316/2016 –NFJ076108–)
 - 3.3.1. Hechos y objeto controvertido
 - 3.3.2. Argumentación de la Sala
 - 3.3.3. Comentario crítico
 - 3.4. Diferencia de fusión (SAN de 3 de abril de 2019, rec. núm. 91/2017 –NFJ076947–)
 - 3.4.1. Hechos y objeto controvertido
 - 3.4.2. Argumentación de la Sala
 - 3.4.3. Comentario crítico
4. Operaciones vinculadas y asimilados
- 4.1. Valor de mercado (SAN de 9 de mayo de 2019, rec. núm. 133/2017 –NFJ074040–)
 - 4.1.1. Hechos y objeto controvertido
 - 4.1.2. Argumentación de la Sala
 - 4.1.3. Comentario crítico

- 4.2. Sociedad profesional (SAN de 18 de julio de 2019, rec. núm. 424/2016 –NFJ075469–)
 - 4.2.1. Hechos y objeto controvertido
 - 4.2.2. Argumentación de la Sala
 - 4.2.3. Comentario crítico
- 4.3. Sociedades de profesionales (STS de 17 de diciembre de 2019, rec. núm. 6108/2017 –NFJ075741–)
 - 4.3.1. Hechos y objeto controvertido
 - 4.3.2. Argumentación de la Sala
 - 4.3.3. Comentario crítico
- 4.4. Principio de regularización íntegra (STS de 13 de noviembre de 2019, rec. núm. 1675/2018 –NFJ075575–)
 - 4.4.1. Hechos y objeto controvertido
 - 4.4.2. Argumentación de la Sala
 - 4.4.3. Comentario crítico
- 5. Otros
 - 5.1. Presunción de renta (SAN de 20 de febrero de 2019, rec. núm. 788/2015 –NFJ073257–)
 - 5.1.1. Hechos y objeto controvertido
 - 5.1.2. Argumentos de la Sala
 - 5.1.3. Comentario crítico
 - 5.2. Empresas de reducida dimensión (STS de 18 de julio de 2019, rec. núm. 5873/2017 –NFJ074245–)
 - 5.2.1. Hechos y objeto controvertido
 - 5.2.2. Argumentación de la Sala
 - 5.2.3. Comentario crítico

Referencia bibliográfica

Nota: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.



1. Introducción

El CEF.- ha tenido, desde hace bastante tiempo, la amabilidad de permitirme comentar la legislación relativa al impuesto sobre sociedades (IS) aprobada en el año precedente. Las circunstancias políticas han impedido la aprobación de normas fiscales en 2019. Por esta razón, la presente colaboración se centra en las sentencias más relevantes de la Audiencia Nacional (AN) y del Tribunal Supremo (TS), emitidas en 2019, lo que ha exigido una labor preliminar de selección para espigar las más relevantes¹.

En este sentido, han sido preferidas las sentencias concernientes a operaciones financieras, de reestructuración y vinculadas, por cuanto, en buena parte, afectarán a la interpretación de los preceptos de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 27/2014). Por lo mismo, no se ha prestado atención a las, bastante numerosas, concernientes al régimen fiscal de las sociedades patrimoniales o a la deducción por reinversión.

2. Operaciones financieras

2.1. Diferencia de fusión. *Leveraged-buy-out* -LBO- (SAN de 11 de enero de 2019, rec. núm. 315/2016 -NFJ073261-)

2.1.1. Hechos y objeto controvertido

Los hechos fueron los típicamente determinantes de la operación conocida como *leveraged-buy-out* (LBO), o adquisición apalancada de sociedades. A tal efecto, se constituyó

¹ El CENDOJ, bajo la voz IS, proyectada sobre la AN, da cuenta de que las sentencias emitidas en 2019, todas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso, se elevaron a 228, ofreciendo los textos de las 200 primeras. Si se descuentan de estas últimas aquellas que se referían al impuesto sobre la renta de no residentes y a otras materias no estrictamente relacionadas con el IS, el número de sentencias se reduce a 172, de las cuales fueron desestimatorias 92, distribuyéndose el resto entre estimaciones y estimaciones parciales. En buena parte de las sentencias se debatieron, junto a las cuestiones de fondo, las de carácter procedimental. Por razones exclusivamente procedimentales se produjeron 16 estimaciones, contra 24 desestimaciones.

una sociedad instrumental que, tras adquirir la participación sobre una entidad operativa mediante la financiación recibida de una entidad de crédito, se fusionó con ella.

El objeto controvertido fue determinar si la amortización de la diferencia de fusión, o fondo de comercio de fusión, era fiscalmente deducible. Por tanto, la sentencia no versó sobre la pertinencia de la deducción de los intereses inherentes a esa financiación.

2.1.2. Argumentación de la Sala

La sentencia reprodujo la argumentación de dos Sentencias anteriores de la AN, de 16 y 30 de noviembre de 2018 (recs. núms. 318/2015 –NFJ072667– y 311/2016 –NFJ072724–, respectivamente), centrándose en determinar si la operación de fusión podía acogerse, o no, al régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), en cuanto presupuesto para la deducción de la amortización del fondo de comercio de fusión.

La Administración tributaria no consideró probado que, como consecuencia de la operación, se hubiese producido una racionalización o reestructuración de actividades económicas, sino que lo buscado fue el incentivo fiscal de la amortización del fondo de comercio, constitutivo de una ventaja fiscal, apenas neutralizada por la tributación en sede de las personas de las que se adquirió la participación.

La Sala, tras invocar algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del TS concernientes a la materia, a la vista de que la operación tuvo su origen en una decisión de la Comisión Europea ordenando el cambio en la composición del accionariado por motivos de competencia, y de que la fusión formaba parte de los pactos relativos a la financiación obtenida, concluyó que aun cuando de la operación se derivara la afluencia de un fondo de comercio «lo razonable es concluir que, al margen del efecto fiscal generador de la operación, en este caso concreto fue económico», de manera tal que era pertinente la aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS y, por ende, la deducción de la amortización del fondo de comercio.

2.1.3. Comentario crítico

Varias son las cuestiones que se derivan de la controversia que resuelve la sentencia. He aquí las más relevantes: ¿Es la deducción de la amortización de un fondo de comercio surgido como consecuencia de una fusión impropia una ventaja fiscal? ¿Lo es cuando la fusión impropia constituye un eslabón de la operación de LBO o adquisición apalancada? ¿Es necesario acreditar la concurrencia de motivos económicos válidos para disfrutar de la aplicación del régimen fiscal especial? ¿Envuelve la operación LBO una asistencia finan-

ciera mercantilmente prohibida? ¿Ha resuelto la Ley 27/2014 las posibles incertidumbres en torno a esta figura financiera?

La ventaja fiscal es un término impreciso. En su sentido más amplio, una ventaja fiscal es toda deducción, sea de la base imponible o de la cuota íntegra. Un sentido más restringido cabe dar a este término cuando se utiliza en el contexto de una norma antiabuso que es, justamente, donde aparece como tal, tanto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) –art. 15–, como en la Ley 27/2014 –art. 89.3–. En dicho contexto, que es el apropiado al caso, la ventaja fiscal es esa deducción alcanzada vulnerando el espíritu y finalidad de la norma.

La finalidad de la amortización de la diferencia de fusión es neutralizar el exceso de imposición que se produciría en otro caso, en cuanto su importe hubiere sufrido una previa imposición en cabeza de los transmitentes de la participación. Esa neutralización también es pertinente en el caso de las operaciones LBO.

Sobre las operaciones LBO pesa el debate de la asistencia financiera, prohibida por el artículo 150 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC). Las sentencias del TS de 12 de noviembre de 2012 (rec. núm. 4299/2010 –NFJ049297–) y de 25 de abril de 2013 (rec. núm. 5431/2010 –NFJ076951–) han descartado que el LBO implique necesariamente un supuesto de asistencia financiera, pues el artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, habría venido a dar cobertura a las fusiones apalancadas.

El referido precepto se sustenta, esencialmente, en la modificación que de la Segunda Directiva 77/91/CEE efectuó la Directiva 2006/68/CE, en cuyo considerando quinto se lee que «los Estados miembros deben poder permitir que las sociedades anónimas concedan ayuda financiera para la adquisición de sus acciones por terceros, en el límite de sus reservas distribuibles...». Por tanto, puede descartarse la presencia de asistencia financiera cuando el importe del endeudamiento asumido mediante la fusión por parte de la entidad operativa no exceda de la suma de su capital y reservas libres.

Medie o no asistencia financiera, lo cierto es que, por causa de la fusión, la entidad adquirida se hace cargo del pago de los intereses y de la devolución del préstamo concertado para su propia adquisición. Esta circunstancia, puesta de relieve por la inspección tributaria, fue acogida como determinante de una irregularidad por la Sentencia de la AN de 7 de mayo de 2007 (rec. núm. 313/2004 –NFJ025984–). Con todo, dichos intereses habrían de ser deducibles en la entidad adquirente instrumental y hechos efectivos, fiscalmente, en sede del régimen de los grupos fiscales, ¿o tal vez en sede de los socios de la entidad adquirente instrumental? Nótese que dichos socios últimos podrían ser residentes en el extranjero.

Sea como fuere, el artículo 16.5 de la Ley 27/2014 ha venido a aliviar las incertidumbres sobre la materia, pues el límite específico que establece está claramente dirigido a las ope-

raciones LBO, y la exención de las plusvalías de cartera establecida en su artículo 21.3 ha traído, como consecuencia lógica, la supresión tácita de la deducción de la amortización de la diferencia de fusión.

2.2. Préstamo participativo (SAN de 15 de julio de 2019, rec. núm. 252/2017 -NFJ075075-)

2.2.1. Hechos y objeto controvertido

Una entidad residente en territorio español transmitió la participación sobre varias entidades operativas residentes en territorio español a otra entidad también residente en territorio español, creada al efecto (R, antes N), quedando el precio aplazado. Posteriormente la participación sobre R fue transmitida a dos entidades residentes en los Países Bajos, las cuales también adquirieron el activo financiero inherente al precio aplazado, el cual fue sustituido por un préstamo participativo. En consecuencia, los intereses que venía pagando la sociedad instrumental a la entidad residente en territorio español comenzaron a ser pagados a las dos sociedades residentes en los Países Bajos. Los hechos afectaron a los periodos impositivos de 2010, 2011 y 2012.

La inspección tributaria calificó el préstamo participativo como fondos propios y, consecuentemente, negó la deducción de los intereses, en tanto que la entidad recurrente sostuvo la existencia de un préstamo, con origen en la transmisión de las participaciones sobre las sociedades operativas. El objeto del conflicto fue, por tanto, dilucidar si el préstamo participativo, cuyo origen estaba en la sustitución del precio aplazado debía, o no, ser calificado como integrante de los fondos propios.

2.2.2. Argumentación de la Sala

Para la Sala, lo relevante no fue la configuración del préstamo como participativo, sino el origen o causa del mismo. En efecto, la Sala estimó que no había existido una transmisión real de las participaciones sobre las sociedades operativas, por cuanto la sociedad transmitente participaba plenamente en la sociedad instrumental formalmente adquirente de dichas participaciones, de manera tal que:

[...] la venta no origina un desplazamiento de la propiedad de las participaciones de las sociedades operativas fuera del patrimonio de E... G..., ya que le siguen perteneciendo indirectamente a través de N..., ni tampoco E... G... puede considerarse en puridad titular de un activo realizable derivado de la venta de las participaciones, ya que es a la vez acreedora y deudora (como poseedora del 100 % del capital social de N...) del crédito por aplazamiento del precio de venta de las participaciones.

En suma, la Sala niega la existencia tanto de la transmisión de las participaciones como del crédito, y de ahí concluye en la pertinencia de la calificación como fondos propios del pasivo financiero formalizado como préstamo participativo, en el sentido propugnado por la inspección tributaria.

2.2.3. Comentario crítico

La argumentación de la Sala se aproxima al análisis propio de la simulación, en cuanto niega la existencia de los negocios formalizados.

Una argumentación propia de la calificación hubiera descansado sobre las normas mercantiles que establecen los criterios para distinguir entre fondos propios y pasivos financieros contenidos, básicamente, en el artículo 36 del Código de Comercio, la norma de registro y valoración 9.^a del Plan General de Contabilidad y el artículo 3 de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), de 5 de marzo de 2019. Este tipo de argumentación no se despliega formalmente en la sentencia, aun cuando puede atisbarse en la negación de que EG pueda considerar titular de un activo realizable, en cuanto poseedora del 100 % del capital de R (antes N). Ahora bien, el punto final de ese argumento conduce al desconocimiento de la personalidad jurídica de R (antes N), regresándose así al análisis típico de la simulación.

Desde luego, parece claro que el propósito comercial último no era otro que la transmisión de las participaciones sobre las sociedades operativas a un tercero. Sin embargo, de ahí no se sigue, necesariamente, la simulación. Bien se podría sostener que la transmisión a la sociedad instrumental (N, después R) no fue sino un eslabón para alcanzar el negocio efectivamente querido, esto es, la transmisión a un tercero de las participaciones en las entidades operativas.

Dicho esto, es lo cierto que la forma en cómo se alcanzó ese propósito comercial es aquel que provoca el mayor quebranto para la Hacienda Pública.

Véase: Se ha generado una deuda en una entidad residente en territorio español (R, antes N), de la que se derivan unos intereses a cargo de la misma que, desde el momento en que se sitúan en la posición acreedora unas entidades no residentes en territorio español, serán ingreso gravable en otra jurisdicción fiscal (Países Bajos). Ahora bien, cuando se minora la base imponible mediante un conjunto de negocios que sean notoriamente artificiosos respecto del resultado querido y obtenido, se está transitando por la figura del conflicto en aplicación de la norma tributaria, en el sentido del artículo 15 de la LGT.

Como se ha indicado, los hechos se produjeron en 2010-2012. Tras el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (Real Decreto-Ley 12/2012), con efectos

para los periodos impositivos iniciados el día 1 de enero de 2012, no son deducibles los intereses derivados de deudas contraídas con entidades del grupo mercantil, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, destinadas a la adquisición de participaciones a otras entidades del propio grupo. Sin embargo, la inspección tributaria no aplicó ese precepto, consecuente con su posición de recalificar el pasivo como fondos propios.

Tras la Ley 27/2014, la remuneración de los préstamos participativos otorgados entre entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil se considera que remuneran los fondos propios. Sin embargo, como se ha indicado, lo relevante, para la sentencia, no fue la sustitución del precio aplazado de la compraventa por un préstamo participativo, sino la desconsideración del *iter* negocial conducente al negocio último deseado.

¿Ha escrito la Sala derecho con renglones... opinables?

2.3. Gastos financieros (SAN de 5 de abril de 2019, rec. núm. 635/2016 -NFJ073939-)

2.3.1. Hechos y objeto controvertido

Entidades pertenecientes al grupo multinacional S transmitieron, en los años 1999 y 2001, a SI, entidad dominante de un grupo fiscal español, la participación sobre entidades integradas en aquel, residentes en Portugal, Argentina y Brasil. Estas adquisiciones se financiaron, básicamente, mediante préstamos facilitados por una entidad del propio grupo multinacional, residente en Bélgica y, a la sazón, acogida al régimen fiscal de los centros de coordinación, determinante de una tributación efectiva muy reducida.

El objeto controvertido consistió en determinar si la operación descrita era determinante de un fraude de ley en el sentido del artículo 24 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT de 1963) o de conflicto en aplicación de la norma tributaria en el de la LGT, de manera tal que, en caso afirmativo, los intereses de los referidos préstamos no serían fiscalmente deducibles. Se trató, por tanto, de un caso más del conflicto conocido como «gastos financieros».

Antes de entrar en el fondo del asunto, la Sala debió examinar si era pertinente la declaración de fraude o conflicto cuando los negocios jurídicos concernidos se habían producido en periodos impositivos no susceptibles de comprobación por causa de la prescripción.

2.3.2. Argumentación de la Sala

En lo concerniente a la prescripción, la Sala se limitó a recordar la doctrina sentada por el TS en Sentencias de 5 de febrero y 23 de marzo de 2015 (recs. núms. 4075/2013

–NFJ057615– y 682/2014 –NFJ057861–, respectivamente), a cuyo tenor «el derecho a comprobar e investigar no prescribe... la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos...».

Una vez superado el escollo de la prescripción, la Sala se enfrentó al fondo del asunto, apoyándose en la jurisprudencia concerniente a la figura del fraude a ley tributaria, para concluir que:

[...] no se aprecia concurrencia de razón económica en la reestructuración del grupo mediante un préstamo intragrupo, al margen de la ventaja fiscal, pues la operación de financiación a través de un préstamo intragrupo, no es necesaria, desde el punto de vista económico, para una reestructuración de titularidad de participaciones meramente formal. A esta conclusión llegamos examinando la jurisprudencia del tribunal... no olvidemos que la jurisprudencia viene considerando que el préstamo intragrupo no es necesario desde un punto de vista económico, cuando la misma finalidad podía alcanzarse mediante una ampliación de capital, y anuda la opción por el préstamo a un comportamiento elusivo en cuanto da origen a la deducción tributaria que en el caso de ampliación de capital no existiría...

Señalando al artículo 10.3 del TRLIS como norma de cobertura y al artículo 4 del mismo texto legal como norma defraudada o eludida, y rechazando la pertinencia de enfocar la cuestión bajo el prisma de la subcapitalización, por cuanto:

[...] el que contemplamos no es un problema de subcapitalización, sino de utilización de una operativa tendente a eludir el pago del impuesto mediante la realización de una operación crediticia que es innecesaria y una transmisión formal de participaciones entre empresas vinculadas.

Así pues, transmisión puramente formal y operación crediticia innecesaria, diseñadas con una finalidad puramente fiscal, fueron los elementos determinantes de la irregularidad.

En fin, la Sala también rechazó que la regularización practicada por la inspección tributaria implicase una discriminación que infringiera el derecho comunitario habida cuenta de que, respecto de un grupo puramente nacional, también se hubiera podido apreciar la concurrencia de fraude o conflicto, puesto que:

[...] el requisito de la justificación económica de la operación, no puede quedar reducido al supuesto de grupos transfronterizos y no nacionales... por lo tanto, no existe obstáculo alguno de Derecho europeo para concluir que la falta del requisito de motivo económico válido en la operación, impide la deducción de intereses en préstamos intragrupo...

2.3.3. Comentario crítico

La sentencia se inscribe en la línea que los tribunales de justicia han venido manteniendo en relación con el conflicto de los gastos financieros. Varias decenas de sentencias, en su mayor parte confirmatorias de las regularizaciones tributarias practicadas, pueden ser resumidas así:

- La constatación de la existencia de unas operaciones que carecen de motivos económicos válidos y que persiguen exclusivamente finalidades fiscales, con violación del principio de capacidad económica, constituye un supuesto fáctico suficiente para apreciar el fraude a la ley tributaria o el conflicto en aplicación de la ley tributaria.
- La norma defraudada es el artículo 4 del TRLIS, relativo al hecho imponible, en tanto que la norma de cobertura es el artículo 10.3 del mismo texto legal, que acepta como elemento nuclear de la base imponible al resultado contable el cual queda afectado por los intereses derivados de los préstamos concertados para adquirir las participaciones.
- La controversia no ha de resolverse en sede de la normativa antisubcapitalización ni de la concerniente a las operaciones vinculadas. En efecto, no es aplicable el artículo 20 del TRLIS, en su redacción anterior al Real Decreto-Ley 12/2012, por cuanto no existen necesidades reales de financiación, como tampoco lo es el artículo 16 del TRLIS, por cuanto no se combate el importe de los intereses, sino que se rechaza, en sí misma, el conjunto de la operación.
- Aun cuando el efecto práctico de la regularización practicada provoque objetivamente discriminación o perjuicio de una libertad comunitaria, ello no sería contrario al ordenamiento comunitario ni a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, por cuanto aquella tiene por objeto combatir el abuso de derecho.
- Los convenios bilaterales para evitar la doble imposición no se oponen a las regularizaciones practicadas, por cuanto las mismas no crean obligaciones para los no residentes, ni pueden considerarse discriminatorias.
- La restricción a la deducción de intereses introducida por el Real Decreto-Ley 12/2012 no interfiere en la apreciación del fraude o conflicto. Con esta modificación normativa el legislador no habría venido sino a respaldar el criterio ya sustentado por la Administración.

Como se ha visto, la sentencia ha admitido la posibilidad de declarar el fraude de ley en relación con hechos habidos en un periodo prescrito, pero que determinaban efectos en otro u otros no prescritos.

En este punto, ha de ser citada la Sentencia del TS de 30 de septiembre de 2019 (rec. núm. 6276/2017 –NFJ075107–), la cual, resolviendo el recurso contra la Sentencia de la AN

de 1 de junio de 2017 (rec. núm. 123/2014 –NFJ069504–), entendió, de una parte, que las normas aplicables concernientes a la facultad de comprobación eran las vigentes en el periodo de origen de los hechos (2002, 2003), por tanto las establecidas en la LGT de 1963, y de otra, que estas normas, concretamente el artículo 109, no permitían tal comprobación, cuando, por el contrario, sí la permitían las normas de la LGT, concretamente el artículo 115.

Se notará que, con esta sentencia, el TS se aparta del criterio sentado en sus Sentencias de 5 de febrero de 2015 (rec. núm. 4075/2013 –NFJ057615–), 23 de marzo de 2015 (rec. núm. 682/2014 –NFJ057861–), 26 de octubre de 2015 (rec. núm. 3261/2014), 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 3162/2014 –NFJ062529–) y 22 de junio de 2016 (rec. núm. 2218/2015 –NFJ063727–), para dar fuerza al sentado en las Sentencias de 26 de mayo de 2016 (rec. núm. 569/2015) y 17 de octubre de 2016 (rec. núm. 2875/2015 –NFJ069506–).

La mencionada Sentencia de la AN de 1 de junio de 2017 resume las alternancias habidas en la jurisprudencia, indicando que:

[...] la posición del Tribunal Supremo fue, inicialmente que si las actuaciones inspectoras se iniciaban con posterioridad al 1 de julio de 2004 era posible examinar la operación aunque fuese anterior a dicha fecha –criterio procedimental–; posteriormente el tribunal optó por aplicar el criterio sustantivo, que es el actualmente predominante y, por lo tanto, solo es posible que la Administración analice la operación prescrita que, como hemos indicado, produce efectos jurídicos en ejercicios posteriores, cuando la misma se haya realizado con posterioridad al 1 de julio de 2004.

La doctrina sentada por la citada Sentencia del TS de 30 de septiembre de 2019 admite ciertas observaciones, por cuanto, de una parte, las normas relativas a la comprobación tienen naturaleza procedimental, lo que implica que, por razón del tiempo, tradicionalmente se hayan venido entendiendo aplicables las vigentes en el lapso temporal en el que se desarrollan los procedimientos, y de otra que, aun cuando debieran entenderse aplicables las normas relativas a la comprobación vigentes en el periodo en el que se produjeron los hechos, esto es, las normas de la LGT de 1963, la literatura de los artículos 109 de la LGT de 1963 y 115 de la LGT, no presenta una diferencia sustancial, de manera tal que no se advierte la razón del tratamiento dispar.

En fin, resta por ver si esta jurisprudencia será válida a raíz del nuevo párrafo introducido en el artículo 115.1 de la LGT por la Ley 34/2015 (de modificación parcial de la LGT), ya que el mismo habilita explícitamente la comprobación de «hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios que, acontecidos, realizados, desarrollados o formalizados en ejercicios o periodos tributarios respecto de los que se hubiese producido la prescripción regulada en el artículo 66 a) citado en el párrafo anterior, hubieran de surtir efectos fiscales en ejercicios o periodos en los que dicha prescripción no se hubiese producido», sin establecer limitación alguna en relación con el tiempo en el que se produjeron esos hechos.

En rigor, este párrafo no implica una novedad, sino que ha venido a clarificar la cuestión controvertida. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley 34/2015, indica que:

[...] la reforma incorpora una aclaración de carácter trascendente, explicitando en el texto positivo la interpretación del conjunto normativo que regula el derecho a comprobar e investigar por parte de la Administración... la prescripción del derecho a liquidar no trasciende, en ninguno de sus aspectos, al derecho a comprobar e investigar, derecho que solo tendrá las limitaciones recogidas en la ley en los supuestos en los que expresamente se señalan en el propio texto legal...

La liquidación tributaria derivada de un procedimiento tributario está sujeta a prescripción, pero la comprobación desplegada en el mismo debería poder proyectarse respecto de todos los hechos relevantes al efecto, cualquiera que fuere el tiempo en el que se produjeron. Sea como fuere, el puro paso del tiempo irá dejando atrás, paulatinamente, los supuestos disruptivos.

2.4. Adquisición de acciones propias (SAN de 7 de febrero de 2019, rec. núm. 611/2016 –NFJ073562–)

2.4.1. Hechos y objeto controvertido

En ejecución de un acuerdo de reducción del capital, por un valor nominal de 4 millones de euros, la entidad procedió a la adquisición de acciones propias para su amortización, desembolsando algo más de 30 millones de euros, surgiendo una reserva negativa que, sin embargo, fue inmediatamente neutralizada mediante la percepción de dividendos distribuidos por entidades controladas. Para financiar la operación se contrajo un préstamo, cuyos intereses, en cuanto gasto contable, minoraron el resultado contable y, por ende, la base imponible.

La inspección tributaria negó la deducción de los intereses por no estar correlacionados con los ingresos, con fundamento en el artículo 14.1 e) del TRLIS, en tanto que la entidad recurrente sostuvo la deducción en la existencia indiscutible de un gasto contable, debidamente registrado, con fundamento en el artículo 10.3 del TRLIS, alegando, al tiempo, la legitimidad de la operación y su carácter mercantil, al margen de cualquier liberalidad.

2.4.2. Argumentación de la Sala

El objeto controvertido ya había sido abordado, en relación con periodos impositivos precedentes, por la Sentencia de la propia AN de 6 de marzo de 2014 (rec. núm. 124/2011 –NFJ054264–), la cual fue confirmada por la Sentencia del TS de 9 de julio de 2015 (rec.

núm. 2464/2014 –NFJ076946–). Por esta razón, la argumentación de la Sala reprodujo los contenidos esenciales de esta sentencia.

Dicha argumentación descansó, básicamente, en la relación de accesoriadad de los intereses respecto de la operación para la cual se contrajo el préstamo de los que aquellos traían causa, de manera tal que no determinando tal operación rentas para la entidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.10 del TRLIS, tampoco los intereses podrían determinarla, lo que se traducía en su carácter no deducible. Por tanto, «si la operación de crédito tenía por objeto llevar a cabo esa adquisición de la propia cartera... y tal operación no generaba rentas positivas o negativas... el mismo régimen jurídico debe seguir la naturaleza de los gastos contraídos para hacerla efectiva...».

Adicionalmente, sostuvo que la operación, en sí misma, era ajena a toda manifestación de riqueza gravable en sede de la entidad y, por ende, a la actividad empresarial propiamente dicha, «lo que significa que el gasto financiero debido a la entidad bancaria prestamista para financiar la operación no tiene naturaleza deducible, conforme al artículo 14.1 e)...».

2.4.3. Comentario crítico

El artículo 140.1 b) del TRLSC autoriza a la sociedad a adquirir sus propias acciones a los efectos de hacer efectivo un acuerdo de reducción del capital social. La norma de registro y valoración 9.ª 4 del Plan General de Contabilidad establece que las transacciones de la empresa con sus propios instrumentos de patrimonio se registrarán como una variación de fondos propios sin que pueda registrarse resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias, y los gastos inherentes a estas transacciones deberán reflejarse como menores reservas. Los artículos 5.3, 7.4 y 20 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 desarrollan la norma contable precedente.

Las operaciones de adquisición de acciones propias para su amortización implican la devolución a los socios de sus aportaciones y la distribución de las reservas correspondientes. Esa devolución y distribución suponen la disminución del activo o, si la entidad desea mantenerlo a fin de continuar el curso normal de sus actividades, la concertación de un pasivo financiero. Este ha sido el caso de la operación examinada por la sentencia. Desde esta consideración, los intereses relativos a ese pasivo financiero son necesarios para la realización de las actividades mercantiles de la entidad.

Véase: Si una entidad financia la operación mediante el dinero obtenido en la transmisión de unos activos, reales o financieros, no soportará intereses, pero perderá el rendimiento de esos activos, en tanto que si la financia mediante el dinero obtenido en la concertación de un préstamo retendrá ese rendimiento, pero soportará intereses. Las dos operaciones deberían tener el mismo tratamiento fiscal, de manera tal que, si los intereses se consideraran no deducibles, habría de considerarse gravable el rendimiento desdeñado, lo cual, bien se comprende, sería incorrecto.

La reducción al absurdo muestra que la argumentación de la Sala, y por ende de la inspección tributaria, seguramente correcta desde la perspectiva de la regla de que lo accesorio ha de seguir a lo principal, no lo sería desde la perspectiva estrictamente económica.

Dicho esto, ha de matizarse que cuando el precio pagado a los accionistas excede del valor teórico de la acción, no solamente se devuelven aportaciones y distribuyen beneficios acumulados, sino que también se distribuyen beneficios no realizados, pero que se espera realizar en el futuro. Pues bien, la parte de los intereses que corresponde a la porción del préstamo imputable al exceso del precio sobre el valor teórico no debería ser deducible en sede de la sociedad, pues aun cuando el préstamo haya sido concertado por la entidad, los verdaderos beneficiarios son los accionistas, los cuales hacen suyos unos activos correspondientes a unos beneficios que todavía no ha realizado la sociedad. Estos intereses constituyen, por la razón expuesta, una remuneración de los accionistas, fiscalmente no deducible en los términos del artículo 14.1 a) del TRLIS y del artículo 15 a) de la Ley 27/2014.

La consulta núm. 3 del ICAC, de diciembre de 1999 (BOICAC núm. 40 –NFC010556–) dio respuesta a esa situación habilitando una reserva de signo negativo, y la Sentencia del TS 20 de mayo de 2010 (rec. núm. 2970/2005 –NFJ039290–) la explicó indicando que:

[...] si la sociedad no tiene reservas suficientes para aplicarlas en la reducción del capital, en tal caso el exceso del precio de adquisición de las acciones propias sobre el valor del nominal del capital amortizado y las reservas expresas objeto de reducción, a efectos contables, no representan un gasto sino que se recoge en una cuenta de reservas con saldo negativo (saldo deudor) que minorra los fondos propios de la sociedad. Dicho saldo representa la parte de las reservas tácitas de la sociedad que **afloorarán en el futuro** a las cuales no renuncia el socio que ve amortizada su participación (la negrita es nuestra).

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 8 de octubre de 2015 (RG 4085/2013 –NFJ060457–), ante un supuesto de adquisición de acciones propias para su amortización, indicó:

[...] que no se esta negando por este tribunal ni por la Inspección la deducibilidad de los gastos financieros asociados a cualquier distribución de beneficios, sino solo la de los «intereses computados por el obligado tributario por el préstamo participativo obtenido de la sociedad vinculada HD, SARL, en el importe correspondiente a los fondos propios negativos derivados de la operación de compra y amortización de participaciones propias, hasta el momento en que se restaura el equilibrio patrimonial de la entidad con la ampliación de capital producida el 28 de octubre de 2008, por constituir retribución a los socios que tienen la consideración de gasto fiscalmente no deducible...

Así pues, la inspección tributaria, en el caso abordado por la aludida resolución del TEAC, no negó la deducción de los intereses correspondientes a préstamos tomados para distribuir beneficios, sino solamente de aquellos imputables a la generación de una reserva negativa. El TEAC lo explica de manera convincente indicando que:

[...] frente a las alegaciones del obligado, debe señalarse que ambas situaciones (deducción de intereses relativos a pasivos financieros tomados para financiar una distribución de reservas y deducción de intereses imputables a reservas negativas) son completamente diferentes. La distinción radica en la determinación de los beneficiarios últimos de dicha financiación. Cuando una sociedad dispone de reservas susceptibles de reparto, existen en su balance una serie de activos que constituyen la contrapartida contable de esos fondos propios (pasivo) instrumentados bajo la forma de reservas. En consecuencia, cabría realizar el reparto de dichas reservas mediante la atribución a los socios de esos activos-contrapartida en la debida proporción... en el supuesto aquí analizado, no existen activos en sede de la sociedad en importe suficiente para proceder al reparto de reservas. O lo que es lo mismo, no existen reservas positivas suficientes para absorber el pago a efectuar a los accionistas. Ello determina que el recurso al endeudamiento externo no tiene como finalidad, en la parte correspondiente a esa retribución de fondos propios, proporcionar a la sociedad la posibilidad de seguir disfrutando de activos que, de otra forma, hubieran acabado en manos de los socios como reparto efectivo de reservas. No hay beneficio alguno para la sociedad directamente imputable a esa financiación externa. El beneficio es, en este supuesto, para los socios «salientes» que perciben esos beneficios anticipados con cargo a dicha financiación. Ahí radica la diferencia entre situaciones que la reclamante pretende equivalentes.

La doctrina precedente capta certeramente la significación de los intereses de los préstamos tomados para efectuar distribuciones a los socios a través de una operación de adquisición de acciones propias: solamente los correspondientes a la generación de una reserva negativa deben ser no deducibles. Como corolario, los relativos a préstamos asociados a distribuciones de beneficios deben ser deducibles.

2.5. Juros (SAN de 11 de noviembre de 2019, rec. núm. 363/2016 -NFJ075958-)

2.5.1. Hechos y objeto controvertido

La entidad, residente en territorio español, recibió ingresos financieros procedentes de su filial residente en Brasil, bajo el concepto de juros, y sufrió gastos derivados de la financiación recibida de su matriz, residente en Luxemburgo, a título de préstamo participativo.

El objeto controvertido consistió en calificar los ingresos y gastos referidos, sea como dividendos o intereses, ya que de esa calificación dependía la tributación.

2.5.2. Argumentación de la Sala

En lo concerniente a los ingresos derivados de la filial brasileña, la Sala se limitó a recordar casos precedentes resueltos por la misma, mediante las Sentencias de 27 de febrero y 22 de octubre de 2015 (recs. núms. 232/2011 –NFJ053848– y 463/2012 –NFJ061175–, respectivamente), confirmadas por las Sentencias del TS de 16 de marzo y 15 de diciembre de 2016 (recs. núms. 1130/2014 –NFJ062303– 3949/2015 –NFJ065187–, respectivamente), en el sentido de calificar tales ingresos como dividendos, respecto de los que se cumplían las condiciones del artículo 21 del TRLIS para disfrutar de exención. Por tanto, la argumentación sobre el fondo del asunto estaba, más bien, contenida en las sentencias de referencia. En este sentido, la citada sentencia del TS de 16 de marzo de 2016 afirmó que los ingresos concernidos «proceden de la existencia de beneficios de la filial brasileña y el título que da derecho a su percepción es la participación de socio en el capital social mediante la tenencia de acciones».

Por lo que se refiere a los gastos relativos a la matriz luxemburguesa, la Sala confirmó el criterio de la inspección tributaria, a cuyo tenor los mismos debían ser calificados como participación en beneficios, por cuanto, aun reconociendo la figura del préstamo participativo, en el caso examinado no se había fijado un plazo preciso para el reembolso del préstamo, y además la matriz tenía la facultad de transformar el préstamo participativo en capital, a su voluntad.

2.5.3. Comentario crítico

Sean los juros intereses o dividendos, es lo cierto que respecto de los mismos no se podía producir un supuesto de doble imposición, por cuanto la legislación fiscal brasileña los excluía de tributación. Sin embargo, las sentencias de los tribunales no han concedido importancia a tal circunstancia, y ello a pesar de que el artículo 21 del TRLIS llevaba por título «Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español».

Tal vez una interpretación del artículo 21 del TRLIS atendiendo a su objeto y finalidad hubiera debido llevar a rechazar la exención. Sin embargo, la sentencia que se comenta desechó esta posibilidad, por cuanto, a su entender:

[...] lo pretendido por el legislador del art. 21 TRLIS fue no solo eliminar la doble imposición sino también impulsar la internacionalización de las empresas españolas... sin que las diferencias entre el impuesto de sociedades del Estado de residencia de la filial y el impuesto de sociedades de la matriz, puedan afectar a la aplicación de la exención.

En realidad, poco margen de decisión quedaba a la Sala, habida cuenta de las mencionadas sentencias del TS.

¿Cambiará el criterio de los tribunales a la vista del penúltimo párrafo del artículo 21.1 de la Ley 27/2014, que deniega la aplicación de la exención «respecto del importe de aquellos beneficios o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora»?

Seguramente podrá ayudar a ello el bagaje del proyecto BEPS (erosión de la base imponible y traslado de beneficios), en particular la recomendación de que ninguna renta debe escapar, simultáneamente, a la tributación de las dos jurisdicciones fiscales concernidas.

Por lo que se refiere a la distinción entre fondos propios y pasivos financieros, se está ante un tema clásico de la imposición sobre los beneficios, por cuanto la remuneración de los primeros no es fiscalmente deducible.

En la actualidad, esta distinción debe efectuarse tomando en consideración lo previsto en el artículo 36 b) del Código de Comercio, a cuyo tenor se consideran pasivos las «obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos». A partir de este mandato, los capítulos I y II de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 establecen los pertinentes desarrollos. A su tenor, los préstamos participativos deben considerarse como pasivos financieros.

Sin embargo, el artículo 15 a) de la Ley 27/2014 les confiere, a efectos fiscales, la consideración de fondos propios, en cuanto se hubieren constituido entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. Coherentemente, los correspondientes rendimientos disfrutarán de exención en sede del perceptor, excepto si hubieren constituido un gasto fiscalmente deducible, lo que podrá acontecer cuando la entidad prestataria no sea residente en territorio español.

La sentencia, relativa a periodos impositivos anteriores a la Ley 27/2014, no niega a los préstamos participativos la consideración de pasivo financiero, sino que, analizando las cláusulas contractuales de la operación financiera concernida, halla en ella las notas distintivas de los fondos propios.

¿Por qué las partes, entre sí vinculadas por la relación matriz-filial, concertaron la operación financiera en términos tan débiles frente a la deducción fiscal cuando, sin duda, hubieran podido hacerlo en forma más resistente?

Desde luego esta pregunta no se puede responder, con visos de acierto, desde el observatorio de un tercero. Con visos especulativos se podría apuntar al objetivo de lograr, al tiempo, la deducción en España y la no tributación en Luxemburgo, bajo la normativa de

exención-participación, circunstancia esta última que efectivamente sucedió. Se podría, incluso, extender la especulación ligando las dos operaciones financieras concernidas. Así, el régimen de los juros anularía la tributación brasileña, y no motivaría la española, y las rentas del préstamo participativo pretenderían la deducción española y ganarían la exención luxemburguesa. Es una pura especulación sobre lo que pudo pasar y no pasó, por virtud de la no deducción de los intereses del préstamo participativo.

2.6. Derivados (SAN de 25 de febrero de 2019, rec. núm. 166/2015 -NFJ073051-)

2.6.1. Hechos y objeto controvertido

De entre las diversas controversias examinadas, la más relevante consistió en la adquisición en el mercado de valores de acciones de entidades residentes en territorio español a entidades extranjeras, y simultánea contratación de un *equity swap* en cuya virtud las acciones serán vendidas por un precio igual al precio de compra más una parte sustancial del dividendo percibido.

El objeto controvertido consistió en determinar si la operación referenciada ameritaba la deducción para evitar la doble imposición de dividendos del artículo 30 del TRLIS, así como la imputación de la retención, como era pertinente en relación con los dividendos, o, por el contrario, la conjunción de los dos contratos determinaba una renta financiera en el importe de la diferencia entre las cantidades entregadas (compraventa) y las recibidas (*equity swap*), ajena tanto a la deducción como a la imputación.

La Administración tributaria observó que:

[...] aunque formalmente se han producido las compraventas de acciones y los contratos de derivados (*equity swap*), del resultado práctico derivado de la celebración conjunta de los mismos, se percibe que la finalidad pretendida no era la transmisión de la cosa vendida, sino que existía una motivación fiscal consistente en poder cobrar Bankinter el dividendo, para lo cual se instrumentalizó una titularidad transitoria, y los derivados se instrumentalizaron para poder poner a disposición de la entidad no residente el dividendo cobrado por Bankinter, libre de tributación por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

En tanto que para la entidad recurrente:

[...] los negocios jurídicos realizados por Bankinter se enmarcan en las típicas operaciones de compra y venta de valores en el mercado de contado y la contratación de derivados de cobertura, en las que Bankinter intercambia riesgos de un

determinado activo financiero por riesgos diferentes (vg. tipos de interés, tipo de cambio, etc.) con su contraparte, obteniendo una rentabilidad neta de mercado, acorde con la práctica habitual de los mercados.

De manera tal que rechaza «que hubo un acuerdo de voluntades entre Bankinter y los distintos operadores internacionales, para burlar el carácter ciego del mercado de valores, como instrumento para conseguir un efecto fiscal favorable».

En suma, el objeto controvertido se centró en la calificación de los contratos en presencia, ya que de la misma dependen las consecuencias fiscales.

2.6.2. Argumentos de la Sala

La regularización tributaria se hizo eco de la Resolución del TEAC de 16 de septiembre de 2005, confirmada por la Sentencia de la AN de 18 de diciembre de 2008 (rec. núm. 633/2005 –NFJ031330–), la cual, a su vez, fue ratificada por la Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2011 (rec. núm. 668/2009 –NFJ076952–).

Los elementos esenciales de la operación examinada en esas sentencias consistieron en la transmisión de la participación sobre una entidad residente en territorio español a otra entidad también residente en dicho territorio por parte de una entidad no residente en territorio español y posterior retrocesión, en virtud de opciones cruzadas de compra y venta. La mencionada Sentencia de la AN de 18 de diciembre de 2008 concluyó que no había una auténtica adquisición de las acciones, sino más bien un mandato para cobrar el dividendo y transferirlo al no residente bajo la forma de diferencia entre los dos precios.

La Sala, tomando razón de ese antecedente, realizó un análisis comparativo de las dos situaciones, esto es, la examinada en la citada Sentencia de 18 de diciembre de 2008, y aquella que constituía el objeto controvertido, con los siguientes resultados:

- Adquisición de las acciones en el mercado, sin que exista obligación de recompra, frente a la adquisición bilateral con un acuerdo de recompra.
- Pluralidad de partes contractuales, frente a dualidad de partes contractuales.
- No relación temporal de la operación respecto de la distribución del dividendo, frente a específica y demostrada relación temporal.
- Permuta financiera común en el mercado, frente a opción cruzada de compra-venta entre las partes de la adquisición de acciones bilateral.
- Variedad en la mecánica de ejecución de las operaciones, con remuneraciones normales según el mercado, frente a patrón único de ejecución.
- Riesgos financieros de volatilidad, frente a riesgos mínimos.

Por tanto:

[de] este análisis objetivo no cabe sino concluir que el argumento de autoridad que para la resolución del TEAC, que ahora fiscalizamos, supuso la anterior resolución del TEAC de 16 de septiembre de 2005 y nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2008, no es hábil para sustentar un juicio de valor o calificación coincidente, porque los supuestos de hecho no son coincidentes, sino que muestran las diferencias sustanciales apuntadas.

Salvado el obstáculo del precedente, la Sala rechaza que la causa de las operaciones realizadas sea la obtención de una ventaja fiscal consistente en obtener la deducción por doble imposición y la imputación de la retención, respecto de unos dividendos que no se han integrado efectivamente en la base imponible, por cuanto:

[...] la mecánica de las operaciones, narrada por la demanda, tiene toda la lógica: las operaciones de compraventa de acciones se realizan a través de *brokers* residentes en España, con gran implantación en el mercado en este tipo de operaciones (Ahorro Corporación, BBVA, etc.). Este intermediario español, como es práctica habitual, trataría de asegurar el buen fin de la operación bursátil con un bróker global, que son los que cuentan con una cartera de clientes de tamaño suficiente para realizar estas operaciones; son los operadores bursátiles (*brokers*) los que negocian entre sí, a través de los diferentes sistemas, sin que exista contacto directo entre comprador y vendedor, para así garantizar la formación regular y transparente de los precios del mercado, que por eso recibe la calificación de «ciego», salvo que se trate de la operativa que recibe el nombre de «aplicaciones», en las que las partes se ponen de acuerdo, pero quedan sujetas a obligaciones de información para no quebrantar la transparencia y el buen funcionamiento de los mercados. Pues bien, no consta que la compraventa de acciones examinada se hiciera a través de aplicaciones, o, al menos nada ha dicho la Administración Tributaria. De esta operativa no se puede concluir, si no existe otra prueba, que estos *brokers* le comunicaran a Bankinter quiénes podrían ser los tenedores últimos de las acciones objeto de la compraventa...

2.6.3. Comentario crítico

Si es cierto que las operaciones examinadas son distintas de aquellas analizadas en la Sentencia de 18 de diciembre de 2008, no lo es menos que en la base imponible del IS se integraron, de una parte, los dividendos procedentes de las acciones adquiridas, y de otra, los resultados inherentes a las permutas financieras concertadas respecto de esas acciones, de manera tal que la renta correspondiente a ese conjunto de operaciones fue muy inferior al importe del dividendo.

La Sentencia de la AN de 26 de octubre de 2018 (rec. núm. 585/2016 –NFJ072162–) examinó una situación en la que, respecto de una cartera de valores cotizados, se había contratado una cobertura en cuya virtud, mediante el pago de una prima, se garantizaba la estabilidad del valor de las acciones. Pues bien, a su tenor, la deducción para evitar la doble imposición de dividendos solo se podía admitir en la porción de los dividendos que excedían del importe de la prima, ya que:

[...] si no hay doble imposición, no hay derecho a la deducción; y esa falta de doble imposición se puede producir tanto porque el dividendo no se lleve a la base imponible, como porque, junto con este y simultáneamente, se lleve a la misma un gasto por el mismo importe y que traiga causa de su percepción.

Existe contradicción entre esta sentencia y la que se comenta, en la medida en que se entienda que el pago correspondiente a los contratos de cobertura implica un gasto que trae causa de la percepción del dividendo. La cobertura lo es de la inversión financiera, y el dividendo es su rendimiento. En este sentido, podría defenderse la relación causal.

Sobre el dividendo, en cuanto rendimiento de una inversión financiera, pueden mediar determinadas circunstancias que matizan su integración en la base imponible. Así, entre otras:

- La obligación de transferirlo en virtud de un contrato de préstamo de valores.
- La obligación de pagar intereses respecto de la financiación imputable a la adquisición de las acciones de las que procede el dividendo.
- La obligación de efectuar un pago en virtud de un contrato relativo a las acciones de las que procede el dividendo o a otras homogéneas.
- La obligación de permutar con el rendimiento de otra inversión financiera.
- La contabilización del dividendo como recuperación del valor de adquisición de la participación.

En el primer caso, el artículo 21.2.3.º de la Ley 27/2014 establece que la exención se practicará, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, en sede de la entidad beneficiaria de la transmisión del dividendo o propietario económico de las acciones, en tanto que en el último no ha lugar a la exención por cuanto no hay integración de renta en la base imponible. En ausencia de una norma restrictiva parece que en los restantes casos es procedente la exención del dividendo. Por otra parte, su exclusión provocaría doble imposición, en la medida en que los intereses o las otras rentas, han debido tributar en sede de la entidad que las haya percibido. Sin embargo, cuando esa entidad no sea residente en territorio español, el efecto que produce la exención es la no tributación de otras rentas que pudiera haber obtenido la entidad perceptora del dividendo. El equilibrio se restablece mediante la tributación de la entidad no residente por el IRNR, lo que no siempre será posible debido a las exenciones previstas en el mismo.

2.7. Gastos financieros (SAN de 29 de marzo de 2019, rec. núm. 656/2015 -NFJ073557-)

2.7.1. Hechos y objeto controvertido

Los hechos fueron los típicos de una operación de adquisición de participación interna mediante financiación interna, si bien en el contexto de la unificación de dos grupos multinacionales, con presencia en España. La Sentencia del TS de 26 de febrero de 2015 (rec. núm. 4072/2013 -NFJ058191-) anuló la declaración de fraude a la ley tributaria declarada, mediante Resolución de 4 de junio de 2009, respecto de los periodos impositivos 2002-2004. La Resolución de 28 de septiembre de 2012 declaró el fraude a la ley tributaria, respecto de los periodos impositivos 2006-2009, sobre la base de los mismos hechos, con la única diferencia de que el préstamo interno había sido renovado y ligeramente ampliado. La Resolución del TEAC de 2 de julio de 2015, por tanto, ya conociendo la sentencia del TS, mantuvo la declaración de fraude a la ley tributaria.

El objeto controvertido consistió en determinar si la sentencia del TS produjo el efecto de cosa juzgada.

2.7.2. Argumentación de la Sala

La Sala advirtió que el supuesto fáctico de las dos declaraciones de fraude de ley era el mismo, lo que se derivaba no solo de los hechos en presencia, sino que la refinanciación fuera un elemento diferenciador significativo, sino también de que el procedimiento se sustanciara de acuerdo con el artículo 24 de la LGT de 1963, de acuerdo con las normas transitorias de la LGT, justamente por haberse producido los hechos supuestamente fraudulentos antes de su entrada en vigor.

En consecuencia, la Sala apreció la existencia de cosa juzgada, por cuanto las operaciones concernidas:

[...] son las mismas, y si aquellas no fueron [fraudulentas] para los ejercicios 2002 a 2004, porque así lo declaró una sentencia firme, no hay posibilidad alguna en este procedimiento de afirmar otra cosa para los ejercicios 2006 a 2009, aun cuando los intereses a deducir en estos últimos años arranquen del préstamo de 2006.

2.7.3. Comentario crítico

Lo relevante de la sentencia está, no tanto en ella, sino en la sentencia del TS que declaró la inexistencia de fraude a la ley tributaria. Esta sentencia supuso una quiebra en el

sendero de sentencias favorables a la Administración tributaria. Vale la pena, pues, detenerse en la misma.

El supuesto fáctico tuvo como trasfondo la unificación de dos grupos multinacionales, dando lugar al grupo GISK, y a la subsiguiente agrupación en España de las entidades pertenecientes a los mismos en un único grupo fiscal, a cuyo efecto, la entidad dominante adquirió la participación total sobre la entidad GW, de una entidad del grupo mercantil, residente en Luxemburgo, la cual fue financiada mediante un préstamo concedido por la misma.

La sentencia de la AN entresaca de la sentencia del TS el siguiente texto:

[...] sin embargo, si consideramos el contexto en el que se produce las operaciones controvertidas, proceso de reestructuración, las circunstancias tenidas en cuenta por la Administración Tributaria para llegar a las conclusiones expuestas, son susceptibles de lecturas diferentes, como la que se ofrece en el informe pericial, al punto que en modo alguno resulta claro que con dicha operación solo se buscara la ventaja fiscal. No parece intrascendente que en un proceso de unificación y reestructuración se quedara fuera del Grupo 120/98 una de las sociedades cabeceras del Grupo, lo que se consiguió mediante la compra de sus acciones... El que se hubiera podido llevar a cabo la reestructuración mediante una aportación no dineraria, en lugar de la compra, lo que indica es que en definitiva la operación de unificación de las sociedades resultaba necesaria, por lo que cabe descubrir en la compra, al perseguir dicho objetivo, que no solo eran razones fiscales las únicas tenidas en cuenta en la operación... Entendemos que en este caso la Administración no ha despejado las dudas existentes, pues no ha llegado a justificar y acreditar que, aun admitiendo que las consideraciones de ahorro fiscal hayan sido tenidas en cuenta por la parte demandante, las razones fiscales hayan sido las únicas determinantes para la realización de las operaciones controvertidas.

El TS analiza el trasfondo económico de la operación y, aún reconociendo que procura un ahorro fiscal, concluye que no ha quedado probado que la motivación fiscal haya sido determinante. Así pues, el ahorro fiscal no será dirimente si forma parte de una operación con sustrato económico.

Bien se comprende que la apreciación del sustrato económico encierra bastantes incertidumbres. En el caso presente parece haber pesado bastante el que la operación estuviera comprendida en el contexto de una unificación de dos grupos multinacionales, lo que, a su vez, acarrearía la necesidad de recomponer el grupo fiscal español, de manera tal que la utilización a tal efecto de una compra apalancada determinante de carga financiera en lugar de una aportación que no la determinaría, tendría una significación secundaria.

Si se contemplasen todas estas operaciones desde una perspectiva financiera, se llegaría a la conclusión de que lo rechazable es que, por causa de las mismas, el subgrupo es-

pañol soportase un ratio de endeudamiento superior al que soporta el grupo multinacional en su conjunto. Y esa contemplación estaría libre de incertidumbre, en cuanto fundamentada en un algoritmo contable.

2.8. Recuperación de valor (SAN de 14 de noviembre de 2019, rec. núm. 238/2016 -NFJ076445-)

2.8.1. Hechos y objeto controvertido

Tras la adquisición, en 2001, de dos entidades residentes en Argentina por importe de 261.075.922,60 euros, la entidad efectuó una corrección de valor, con efecto sobre la base imponible, por importe de 67.340.117,68 euros. Posteriormente, aportó las acciones adquiridas a una entidad, totalmente participada, residente en Alemania, registrando una pérdida contable por importe de 23.053.755,27 euros. En los ejercicios 2005, 2006 y 2007, una de las entidades residentes en Argentina obtuvo beneficios determinantes del aumento de su valor patrimonial.

El objeto controvertido consistió en determinar si era procedente el aumento de la base imponible por el concepto de recuperación de valor del artículo 19.6 del TRLIS, considerando que cuando tal recuperación se produjo, la participación era propiedad de una entidad residente en el extranjero, si bien totalmente controlada.

2.8.2. Argumentación de la Sala

Tras una detallada exposición de las posiciones de las partes, la Sala entró en la interpretación del artículo 19.6 del TRLIS, advirtiendo que la recuperación de valor produce un ingreso imputable al periodo impositivo en el que el mismo se produce, con independencia de que el activo se halle bajo el control de la entidad que sufrió el gasto por deterioro o la pérdida por transmisión o en otra vinculada con la misma, de manera tal que las dos situaciones pueden darse pero, enfatiza la Sala:

[...] lo que no resulta admisible es que pueda ser una u otra entidad, indistintamente, y a su libre elección, la que pueda imputarse dicha recuperación, pues ello, en suma, dejaría en manos de las partes que han intervenido en la operación la aplicación del precepto, y en último lugar, la decisión de tributar.

Observó la Sala que el artículo 19.6 del TRLIS «tiene una finalidad antielusoria pues está dirigido a evitar supuestos de defectos de desimposición... es decir, la norma establece una regla contra esas operaciones de "lavado del ingreso"», que es, justamente, lo que se produciría si prosperase la pretensión de la entidad recurrente. Por tanto, «la recuperación de valor cuando se transmite el elemento que ha sido objeto de corrección a una entidad vinculada debe integrarse, en todo caso, en la entidad que practicó la corrección y sufrió la pérdida...».

2.8.3. Comentario crítico

La Sala revisa su propio criterio, mantenido en sentencias precedentes. Así, en la Sentencia de 20 de diciembre de 2010 (rec. núm. 611/2007 –NFJ076953–) dijo que debía ser la entidad que ostentaba la titularidad del elemento cuando se producía la recuperación de valor, en el caso de autos residente en los Países Bajos, la que debía computar el ingreso inherente a la recuperación de valor, por cuanto, además de así desprenderse de la norma interna, el artículo 14 del convenio para evitar la doble imposición hispano-neerlandés otorgaba la competencia para gravar las plusvalías mobiliarias al país de la residencia de la persona que las obtenía y, a mayor abundamiento, de lo contrario, se podría producir una discriminación adversa al derecho comunitario.

No eran argumentos desdeñables, si bien abrían la puerta a maniobras de ubicación del ingreso derivado de la recuperación de valor en sede de entidades extranjeras controladas afectas al método de exención-participación, de manera tal que el gasto o la pérdida fiscal causaría efecto, en tanto que el ingreso no lo haría.

Si se contempla la operación desde la perspectiva contable, la recuperación de valor de la participación incide tanto en la entidad no residente titular de la misma como en la entidad residente que la controla. Las cuentas individuales recogerán el ingreso correspondiente con ocasión de la transmisión de la participación sobre la entidad no residente titular de la participación. Lo que hace el artículo 19.6 del TRLIS es anticipar la tributación correspondiente al periodo impositivo en el que se produce la recuperación de valor.

Desde esta perspectiva, la sentencia que analizamos de la AN, de 14 de noviembre de 2019, tiene, también, un fundamento sólido. Y es cierto que podría presentarse un supuesto de doble imposición, pero, justamente, el convenio bilateral para eliminar la doble imposición es el instrumento preciso para resolver el incidente en forma apropiada. En este sentido, el artículo 27 del convenio para evitar la doble imposición hispano-neerlandés, al igual que muchos otros, establece, en el contexto del procedimiento amistoso, que las autoridades competentes «también podrán ponerse de acuerdo para tratar de evitar la doble imposición en los casos no previstos en el mismo».

No es difícil intuir que, en un caso en el que, como indica la sentencia analizada, se ha producido un «lavado del ingreso», el acuerdo entre jurisdicciones fiscales sería factible.

2.9. Eliminación de la doble imposición (SAN de 17 de abril de 2019, rec. núm. 384/2015 –NFJ074420–)

2.9.1. Hechos y objeto controvertido

Aun cuando la sentencia versó sobre varios conflictos, el más relevante fue el relativo a la eliminación de la doble imposición de dividendos.

La entidad recurrente percibió, en los periodos impositivos 2006, 2007 y 2008, dividendos procedentes de una entidad residente en Países Bajos, participada en el 33,33 %, cuyos beneficios, en su mayor parte, procedían, a su vez, de rentas obtenidas por sus entidades de segundo y tercer nivel derivadas de actividades económicas realizadas en España.

La inspección tributaria rechazó la eliminación de la doble imposición económica mediante la aplicación de los artículos 21 y 30 del TRLIS, ambos fundamentados en el método de exención, y admitió dicha eliminación por el método de imputación del artículo 32 del mismo texto legal, lo que implicó una deuda tributaria adicional debido a que el tipo efectivo de gravamen soportado por las rentas concernidas era inferior al tipo nominal de gravamen del IS.

2.9.2. Argumentación de la Sala

Con apoyo en sentencias precedentes, en particular la Sentencia del TS de 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 255/2016 –NFJ067278–), la Sala enjuició el tema debatido, antes que mediante la interpretación de las normas del TRLIS relativas a la eliminación de la doble imposición económica, tomando en consideración las exigencias derivadas de las libertades del derecho de la Unión Europea, tal y como las mismas habían sido delimitadas, en relación con la tributación de los dividendos, por ciertas Sentencias del TJUE, en particular la Sentencia de 12 de diciembre de 2006 (asunto C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* –NFJ024425–), interpretada por la Sentencia de 13 de noviembre de 2012 (asunto C-35/11 –NFJ049182–).

La sentencia del TS observó que los dividendos internos disfrutaban, por razón de lo previsto en el artículo 30 del TRLIS, de un régimen de exención, en tanto que los dividendos extranjeros que no reunían los requisitos para acogerse al artículo 21 del TRLIS estaban sujetos al método de imputación del artículo 32 del mismo texto legal, lo que daba lugar a la pérdida de «las desgravaciones y ventajas fiscales de que hubiese disfrutado la entidad generadora del beneficio que daba origen a los dividendos distribuidos, efecto este que no se producía en el supuesto del art. 30», lo que era manifiestamente contrario a la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Test Claimants in the FII Group Litigation*, a cuyo tenor:

[...] los artículos 49 TFUE y 63 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que aplica el método de exención a los dividendos de origen nacional y el método de imputación a los dividendos de origen extranjero, si se acredita, por un lado, que el crédito fiscal de que disfruta la sociedad beneficiaria de los dividendos en el marco del método de imputación es equivalente a la cuantía del impuesto efectivamente pagado por los beneficios subyacentes a los dividendos repartidos y, por otro, que el nivel efectivo de tributación de los beneficios de las sociedades en el Estado miembro de que se trate es generalmente inferior al tipo impositivo nominal establecido.

La Sala estimó que había quedado acreditado, de una parte, que la deducción prevista en el artículo 32 del TRLIS coincidía con el impuesto efectivamente pagado por los beneficios subyacentes, y de otra, que el tipo de gravamen efectivo del IS era inferior al tipo de gravamen nominal, y de ahí la discriminación adversa al derecho de la Unión Europea, que debía resolverse aplicando a los dividendos el método de exención del artículo 30 del TRLIS, en la línea pretendida por la entidad recurrente.

2.9.3. Comentario crítico

Como quiera que la argumentación de la Sala se centró en la Sentencia 12 de diciembre de 2006 (asunto C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*–NFJ024425–), interpretada por la Sentencia de 13 de noviembre de 2012 (asunto C-35/11 –NFJ049182–), el comentario debe versar sobre la misma.

El Reino Unido eximía los dividendos pagados por una sociedad residente, en tanto que gravaba los dividendos pagados por una sociedad no residente si bien, cuando la participación era igual o superior al 10 %, imputaba el impuesto extranjero que soportaron los beneficios con cargo a los cuales habían sido pagados.

La sentencia observó que la situación interna y la situación transfronteriza eran comparables a la vista del objetivo perseguido por las normas aplicables, por cuanto, en efecto, tanto los dividendos internos como los transfronterizos estaban afectados por el fenómeno de la doble imposición. En consecuencia, resultaría discriminatorio establecer un método para eliminar la doble imposición respecto de los dividendos internos y no hacerlo igualmente respecto de los dividendos externos.

Ahora bien, el método de eliminación aplicable a unos y a otros no tenía por qué ser el mismo, aun cuando sí debía producir un tratamiento equivalente, de manera tal que:

[...] los artículos 49 TFUE y 63 TFUE obligan a un Estado miembro que dispone de un sistema para evitar la doble imposición económica en el supuesto de dividendos que los residentes perciben de sociedades residentes a conceder un trato equivalente a los dividendos que los residentes perciben de sociedades no residentes.

La cuestión reside en determinar cuándo la aplicación del método de exención para los dividendos internos y el de imputación para los dividendos externos determina un resultado equivalente o, de otra manera, determinar las situaciones que rompen la equivalencia. La sentencia identifica dos situaciones en las que se produce tal ruptura. En primer lugar, cuando el tipo nominal de gravamen de la sociedad residente pagadora es inferior al tipo nominal de gravamen de la sociedad perceptora, por cuanto:

[...] en efecto, la aplicación del método de exención dará lugar a que los beneficios de origen nacional distribuidos tributen al tipo impositivo nominal inferior aplicable a la sociedad que reparte dividendos, mientras que la aplicación del método de imputación a los dividendos de origen extranjero dará lugar a que los beneficios distribuidos tributen al tipo impositivo nominal superior aplicable a la sociedad que percibe los dividendos.

En segundo lugar, cuando el tipo efectivo de gravamen de las sociedades pagadoras residentes es, por regla general y no de manera excepcional, inferior al tipo nominal de gravamen de la sociedad residente perceptora, por cuanto, en efecto:

[...] la exención fiscal de los dividendos de origen nacional no da lugar a carga fiscal alguna en sede de la sociedad residente que percibe dichos dividendos con independencia del nivel efectivo de tributación aplicado a los beneficios con cargo a los cuales se pagaron los dividendos. En cambio, la aplicación del método de imputación a dividendos de origen extranjero conducirá a una carga fiscal adicional en sede de la sociedad beneficiaria residente si el nivel efectivo de tributación aplicado a los beneficios de la sociedad que reparte dividendos no alcanza el tipo impositivo nominal al que se sujetan los beneficios de la sociedad residente beneficiaria de los dividendos....

Correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente «determinar el carácter excepcional o no de la diferencia entre el nivel efectivo de tributación y el tipo impositivo nominal». En los dos casos de referencia se produce una quiebra de la equivalencia entre los métodos de exención e imputación.

Así las cosas, aquel Estado miembro que deseara mantener el método de exención para los dividendos internos y el de imputación para los dividendos transfronterizos debiera, o bien prescindir de los beneficios fiscales que determinan la caída del tipo efectivo por debajo del tipo nominal o bien aplicar el método de imputación tomando en consideración el tipo nominal de gravamen de la sociedad no residente pagadora de los dividendos, de manera tal:

[...] que para garantizar la coherencia del régimen tributario de que se trate, una normativa nacional que tuviera en cuenta, también en el marco del método de imputación, el tipo impositivo nominal que se aplicó a los beneficios subyacentes a los dividendos repartidos sería adecuada para evitar la doble imposición económica de los beneficios distribuidos y para garantizar la coherencia interna del régimen tributario, y atendería menos contra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.

El legislador de la Ley 27/2014 ha decidido aplicar el método de exención tanto a los dividendos internos como a los transfronterizos, exigiendo respecto de estos últimos una

tributación a un tipo nominal no inferior al 10% o, en su defecto, que medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información.

El método de exención estimula la deslocalización de actividades hacia jurisdicciones fiscales de baja tributación, y facilita las operaciones irregulares mediante híbridos. Sin embargo, es el más extendido, en particular tras la reforma de la administración Trump, porque no obstaculiza la repatriación de beneficios y procura la igualdad de trato entre las entidades que operan en el mercado que corresponde a la misma jurisdicción fiscal. Con todo, si el proyecto GloBE de la OCDE llega a buen fin, cabe esperar que, a medio plazo, se produzca un acercamiento de los tipos nominales de gravamen, de manera tal que se suavizaría el efecto deslocalizador.

2.10. Gastos financieros. Procedimiento amistoso (SAN de 22 de abril de 2019, rec. núm. 688/2015 -NFJ073832-)

Respecto de esta sentencia, concerniente al conflicto de los gastos financieros y, en particular, a la cuestión de la pertinencia de la apertura del procedimiento amistoso, se remite al lector a mi análisis jurisprudencial que realicé en esta Revista sobre esta sentencia (Sanz Gadea, 2019, pp. 153-172).

3. Operaciones de reestructuración

3.1. Diferencia de fusión (SAN de 23 de octubre de 2019, rec. núm. 196/2016 -NFJ076105-)

3.1.1. Hechos y objeto controvertido

La entidad recurrente, Ad, adquirió la participación sobre la entidad H procediendo posteriormente a su absorción. La participación había sido adquirida de una entidad residente en territorio español, la cual, a su vez, la había adquirido de cinco fondos de inversión extranjeros. La fusión determinó la afloración de un activo por diferencia entre el valor de adquisición de la participación y los fondos propios de la entidad absorbida.

El objeto controvertido fue determinar los efectos fiscales de la diferencia de fusión. Mas como esta se produjo en un periodo impositivo ya prescrito, se planteó, con carácter previo, la pertinencia de la comprobación administrativa. Una vez resuelta la misma, la Sala hubo de adentrarse en cuatro cuestiones, a saber, la discrepancia entre la valoración de la inspección tributaria y el informe de auditoría, la determinación del valor teórico de la participación, la prueba de la tributación de la renta puesta de manifiesto en la transmisión de la participación, y la imputación de la diferencia de fusión.

3.1.2. Argumentación de la Sala

La Sala resolvió la cuestión previa trayendo a colación la jurisprudencia del TS, la cual «es reiterada al admitir la comprobación de determinadas operaciones realizadas en ejercicios prescritos siempre que tal comprobación se refleje en ejercicios no prescritos». No obstante, un muy trabajado voto particular, aún condecorador de la jurisprudencia del TS, entendió que la inspección tributaria no podía efectuar la comprobación y calificación de unos hechos producidos en periodos impositivos prescritos.

En el informe de auditoría se consideró que la diferencia de fusión era imputable a un sobreprecio justificado por la «defensa de la posición estratégica en los mercados» por parte de la sociedad absorbente, de manera tal que no se podía asignar a activos concretos. La entidad recurrente pretendió que el informe de auditoría prevaleciera sobre la comprobación administrativa, pero la Sala rechazó tal pretensión con base en lo previsto en el artículo 143 del TRLIS, por cuanto el mismo, a efectos fiscales, habilita a la inspección tributaria a aplicar las normas contables reguladoras de la diferencia de fusión.

En lo concerniente al cálculo del valor teórico, en cuanto sustraendo para determinar el importe de la diferencia de fusión, la Sala, con la inspección tributaria, estableció que el balance apropiado era aquel que coincidía con la fecha de retroacción contable.

Respecto de la carga de la prueba de la tributación efectiva, la entidad recurrente mantuvo que, en lo concerniente a la participación adquirida a una entidad residente en territorio español, no había lugar a tal prueba, pero la Sala, a la vista de que dicha entidad había adquirido la participación el mismo día de la transmisión, situó en la recurrente la carga de la prueba, de manera tal que, identificados parte de los transmitentes anteriores como fondos de inversión extranjeros, solo cabía dar eficacia fiscal a la diferencia de fusión procedente de un fondo de inversión constituido en un Estado miembro de la Unión Europea, y a condición de prueba de la tributación efectiva. En ausencia de esa prueba, cuya carga situó la Sala en la entidad recurrente, la diferencia de fusión fiscalmente útil descendió desde algo más de 49 millones de euros a algo más de 19 millones de euros.

En fin, respecto de la imputación de la diferencia de fusión, la inspección tributaria entendió que, en su mayor parte, correspondía a las participaciones que la entidad absorbida tenía sobre otras entidades que ella controlaba, por cuanto ellas eran las que realizaban actividades económicas y, por tanto, «el fondo de comercio o la plusvalía tácita o la capacidad de generar beneficios futuros se situaba en las filiales y no en la absorbida», en tanto que la entidad recurrente lo asignó al sobreprecio antes mencionado. La Sala, considerando, de una parte, que el sobreprecio, en caso de que existiera, no era un valor inmaterial determinante de futuras rentabilidades, y de otra, que el artículo 89.3 del TRLIS, puesto en relación con el Real Decreto 1815/1991, relativo a las normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas, exigía la imputación de la diferencia de fusión, en primer término a los activos de la sociedad absorbida, concluyó, con la inspección tributaria, que no existía fondo

de comercio sino mayor valor de las participaciones que la entidad absorbida poseía sobre las entidades filiales.

3.1.3. Comentario crítico

La tributación de la diferencia de fusión ha sido uno de los puntos más conflictivos del IS. La eficacia fiscal de la diferencia de fusión se justifica en evitar la doble imposición que se produce cuando un importe equivalente a la misma se ha integrado en la base imponible de la persona o entidad de la que se adquirió la participación.

Tras la Ley 27/2014, solamente serán fiscalmente eficaces las diferencias de fusión ya existentes a su entrada en vigor, y aquellas otras que se generen con posterioridad relativas al «porcentaje de participación adquirido en un periodo impositivo que, en el transmitente, se hubiera iniciado con anterioridad a 1 de enero de 2015». El nuevo régimen fiscal de la diferencia de fusión, y su régimen transitorio, trae causa de la exención de plusvalías de participaciones significativas prevista en el artículo 21 de la Ley 27/2014.

La prueba de la tributación efectiva, respecto de la participación adquirida de una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea, fue objeto de la sentencia del TS de 10 de julio de 2013 (rec. núm. 3294/2011 –NFJ051680–). El obligado tributario aportó una certificación de la administración tributaria neerlandesa en el que se decía que «S. Holdings BV tiene su domicilio fiscal en los Países Bajos, de acuerdo con el Derecho neerlandés y, por tanto, está sujeta al vennootschapsbelasting (impuesto sobre sociedades) en los Países Bajos... sin posibilidad de opción y sin estar exenta...». La sentencia reputó insuficiente la prueba, por cuanto lo que exigía la norma legal era la tributación efectiva, que «en modo alguno se identifica con el pago del impuesto pero tampoco con el cumplimiento de la circunstancia abstracta de sujeción al impuesto, pues la tributación efectiva exige que una determinada operación haya sido sometida a la liquidación del impuesto de que se trate», de manera tal que al contribuyente le basta con «acreditar que una cierta operación ha configurado los parámetros generadores de la liquidación de que se trate, con independencia de que la liquidación tributaria generada haya producido obligación de pago».

El TS ha situado bajo el listón de la prueba de la tributación efectiva, por cuanto la misma, a tenor del artículo 89.3 del TRLIS, actualmente reproducido en la disposición transitoria vigésima séptima de la Ley 27/2014, exige que, con ocasión de la transmisión, se soporte «un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar este impuesto, siempre que el transmitente no resida en un país o territorio considerado como paraíso fiscal».

En cualquier caso, la sentencia de la AN que se comenta, no ha entrado en este punto, por cuanto la entidad recurrente rehusó la carga de la prueba.

3.2. Aportación no dineraria (SAN de 21 de marzo de 2019, rec. núm. 71/2017 -NFJ 073361-)

3.2.1. Hechos y objeto controvertido

Aportación de un solar, acogida por la entidad aportante al régimen de diferimiento del artículo 94 del TRLIS, conjuntamente con la atribución de un pasivo financiero hipotecario de elevada cuantía, contraído en un momento posterior a la adquisición de aquel, sin aportar el capital dinerario recibido. Tras la aportación, la entidad beneficiaria quedó bajo el dominio de la entidad aportante.

La inspección tributaria entendió que, de esta manera, se estaba anticipando, por parte de la entidad aportante, la percepción del precio del solar aportado. Consideró que se había vulnerado lo previsto en el artículo 83 del TRLIS aplicable, a su entender, a las operaciones del artículo 94 del TRLIS a cuyo tenor, con ocasión de una aportación de rama de actividad, solamente pueden ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan, pero no cualesquiera otras. En consecuencia, sujetó a tributación el nominal del pasivo financiero minorado en el importe de las deudas contraídas para adquirir el solar.

3.2.2. Argumentación de la Sala

La Sala observó que el criterio de la inspección tributaria, confirmado por los órganos económico-administrativos, era acorde con la doctrina del TEAC y de la Dirección General de Tributos, y que tenía suficiente apoyo en el artículo 83 del TRLIS, aun cuando no estuviera expresamente recogido en el artículo 94 del TRLIS, sin que ello supusiera una interpretación analógica prohibida por el artículo 14 de la LGT, sino «una simple interpretación de la actuación de la interesada, de la que resulta que el beneficio contabilizado... incluyó también el derivado de la transmisión y liberación de la deuda».

3.2.3. Comentario crítico

La representación contable ayuda notablemente a entender el trasfondo de la operación concernida².

² Así, de la exposición de los hechos, parece desprenderse:

Entidad aportante (GE):

Cuenta	Debe	Haber
Inmueble	2.860.000	





Cuenta	Debe	Haber
▶		
Tesorería	900.000	
Precio aplazado (2003)		1.960.000

Adquisición solar:

Cuenta	Debe	Haber
Inmueble	285.291	
Tesorería		285.291

Mejora solar:

Cuenta	Debe	Haber
Tesorería	5.500.000	
Hipoteca (2005)		5.500.000

Préstamo hipotecario:

Cuenta	Debe	Haber
Precio aplazado	1.960.000	
Tesorería		1.960.000

Pago precio aplazado:

Cuenta	Debe	Haber
Cartera	2.664.000	
Inmueble		3.145.291
Hipoteca	5.500.000	
Resultado (2005)		5.018.709

Hipoteca:

Entidad beneficiaria de la aportación (GP):

Cuenta	Debe	Haber
Inmueble	8.164.000	



La inspección tributaria propuso aumentar la base imponible en 3.540.000 euros, esto es, la diferencia entre el préstamo hipotecario (5.500.000) y el precio aplazado (1.960.000), por cuanto entendió que ese era el importe de las deudas que no estaban afectas al inmueble aportado y que, por tanto, debían ser gravadas, en cuanto su atribución a la entidad beneficiaria de la aportación no estaba amparada por el artículo 94 del TRLIS.

Como quiera que el hecho imponible del IS es la obtención de renta, ha de darse respuesta a dos cuestiones: ¿Hay realmente obtención de renta? ¿Cuál es el importe de la misma?

En términos de cuentas consolidadas no habría resultado alguno, por cuanto el inmueble no variaría de valor y el préstamo hipotecario permanecería en el pasivo. En términos de cuentas individuales, la entidad aportante daría de baja el inmueble por su valor contable y la hipoteca por su valor nominal, con la contrapartida de cartera de valores, y así, cuando la hipoteca excede del valor contable del inmueble, aparece un resultado extraordinario, equivalente al quebranto que debe registrar la entidad beneficiaria de la aportación.

En el caso que nos ocupa, las cuentas consolidadas no registrarían resultado alguno, en tanto que las cuentas individuales de la entidad aportante registrarían un resultado extraordinario de 2.354.709 euros (5.500.000 – 3.145.291), exactamente igual al resultado extraordinario negativo que registraría la entidad beneficiaria de la aportación.

Bien se comprende que, en términos puramente económicos, en el conjunto de la operación no se producen rentas, sencillamente porque no hay intervención de un tercero que adquiera el inmueble y se haga cargo de la hipoteca, habida cuenta de que la entidad aportante controlaba al 99 % a la entidad beneficiaria de la aportación. La renta solamente puede aparecer a raíz de una transacción económica con un tercero ¿Lo era la entidad concedente del préstamo hipotecario?

Cuenta	Debe	Haber
▶		
Capital		2.664.000
Hipoteca		5.500.000

En términos de tesorería, la entidad aportante ha obtenido lo siguiente:

Cuenta	Debe	Haber
Entradas	5.500.000	
Salidas (900.000 + 1.960.000 + 285.291)		3.145.291
Saldo		2.354.709

La respuesta positiva late tras la regularización tributaria y la sentencia que la confirma, de manera tal que el dinero recibido en concepto de préstamo hipotecario vendría a ser el precio de transmisión del inmueble a título de compraventa. Ciertamente, para afianzar esta solución haría falta conocer el final de la peripecia, esto es, si el préstamo hipotecario se pagó o, por el contrario, se ejecutó, pues solo en este segundo caso concurriría la transacción con tercero.

La Sentencia del TJUE de 15 de enero de 2002 (asunto C-43/00 –NFJ011450–, *Ander- sen og Jensen*) estableció que:

[...] el artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que no se produce aportación de activos con arreglo a dicha Directiva cuando una transacción estipula que la sociedad transmitente retendrá el capital de un préstamo de elevada cuantía suscrito por esta y transferirá a la sociedad beneficiaria de la aportación las obligaciones correspondientes al mismo.

Esta sentencia puede, perfectamente, aplicarse al caso que nos ocupa. En efecto, la entidad aportante retuvo el capital del préstamo y transfirió a la entidad beneficiaria de la aportación el pasivo. La conclusión es que la operación de aportación no era acogible a las previsiones de la directiva y, por extensión, a las del artículo 94 del TRLIS.

No se ocultará que, entre las varias alternativas de liquidación que podían derivarse de la inaplicación del artículo 94 del TRLIS, la inspección tributaria propuso una, finalmente aceptada por la sentencia, inspirada en el principio de proporcionalidad, ya que, en efecto, se limitó a aumentar la base imponible en el importe del préstamo que, racionalmente, no fue destinado a satisfacer el precio aplazado en la adquisición del solar ($3.540.000 = 5.500.000 - 1.960.000$), sin incidir en la plusvalía imputada por el propio contribuyente al inmueble aportado ($5.018.709 = 8.164.000 - 3.145.291$).

Con todo, tal vez el importe de la renta a gravar que mejor concordaba con la filosofía de fondo que latía en la regularización tributaria era, sencillamente, la diferencia entre las sumas recibidas y las desembolsadas en relación con el solar aportado (2.354.709).

De esta sentencia puede extraerse la enseñanza de que, tanto en las aportaciones de ramas de actividad como en las aportaciones no dinerarias especiales, ha de prestarse especial consideración a los préstamos de elevada cuantía recibidos por la entidad aportante, al objeto de valorar si los importes percibidos o sus sustitutivos financieros deben incluirse entre los activos aportados, cuando también se transfiera la deuda correspondiente. Consideración que ha de llevarse al extremo cuando la entidad beneficiaria de la aportación no quede bajo el dominio de la entidad aportante o salga del mismo en el curso de negocios jurídicos concatenados. Y ello, porque, bien se comprende, una operación así concebida podría ser calificada como determinante de una compraventa de los activos aportados.

3.3. Subrogación en el derecho a la compensación de bases imponibles negativas (SAN de 14 de octubre de 2019, rec. núm. 316/2016 -NFJ076108-)

3.3.1. Hechos y objeto controvertido

Fusión por absorción entre dos entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, disponiendo la entidad absorbida de bases imponibles negativas cuya compensación pretende la entidad absorbente.

El objeto controvertido fue determinar si era aplicable el régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS, en cuanto presupuesto para la subrogación en el derecho a la compensación de bases imponibles negativas (BINS).

3.3.2. Argumentación de la Sala

La Sala investigó si la operación tuvo por objeto la reestructuración o racionalización de las actividades realizadas por las entidades concernidas o, por el contrario, el aprovechamiento de las BINS de la sociedad absorbida. Pesó en ese análisis que la sociedad absorbida hubiera sufrido una paralización de la actividad, mediando un expediente de regulación de empleo que redujo la plantilla de 204 trabajadores a 3, en tanto que la sociedad absorbente era una de mera tenencia de bienes dedicada, básicamente, al alquiler inmobiliario, que había obtenido importantes plusvalías inmobiliarias.

Así, la Sala concluyó que «no existió motivo económico válido en la fusión, y esta vino motivada por una finalidad exclusivamente fiscal: aprovechar las BINS de la absorbida».

3.3.3. Comentario crítico

La argumentación de la Sala y el consiguiente fallo se inscriben en una línea jurisprudencial que puede ser resumida en los siguientes puntos:

- La aplicación del régimen fiscal especial requiere que la operación se lleve a efecto por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades.
- Las normas limitativas de la subrogación en el derecho a la compensación de BINS solamente serán contempladas una vez que se haya superado, en sentido positivo, el análisis de la motivación económica.

Sin embargo, tras la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2017 (asunto C-14/16, *Euro Park* –NFJ065785–) ha quedado claro que los motivos económicos válidos no constituyen la llave que abre la puerta al régimen fiscal especial, sino que su ausencia, probada por la inspección tributaria, constituye el hecho base de una presunción, susceptible de ser rebatida por el contribuyente, cuyo hecho consecuencia es la existencia de fraude o evasión fiscal, lo que sugiere la necesidad de un nuevo enfoque sobre el particular, tanto por la inspección tributaria como por los tribunales de justicia.

En la sentencia no se aborda la cuestión del alcance de la regularización. La más amplia implicaría la tributación de las plusvalías latentes en los activos transmitidos, las cuales podrían ser neutralizadas, total o parcialmente, por las BINS pendientes de compensación. La más estricta se limitaría a rechazar la compensación de las BINS. A esta segunda solución apunta en la actualidad el artículo 89.2 de la Ley 27/2014, a cuyo tenor la regularización inherente a la apreciación de la inexistencia de motivos económicos válidos eliminará «exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal».

3.4. Diferencia de fusión (SAN de 3 de abril de 2019, rec. núm. 91/2017 –NFJ076947–)

3.4.1. Hechos y objeto controvertido

Un conjunto de personas físicas transmitieron, vía compraventa y aportación, la total participación sobre dos entidades operativas a una entidad creada al efecto, la cual transmitió tal participación, igualmente vía compraventa y aportación, a otra entidad también creada al efecto, la cual posteriormente procedió a la fusión con las dos entidades operativas, aflorando un fondo de comercio cuya amortización, con efectos fiscales, se pretendió por el obligado tributario. Las personas físicas no tributaron sobre la plusvalía obtenida por aplicación de los coeficientes de abatimiento establecidos en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 18/1991).

El objeto controvertido fue determinar si la operación, en su conjunto, había incurrido en fraude a la ley tributaria, siendo la norma de cobertura la de carácter mercantil que ampara las operaciones mencionadas, y la norma defraudada el artículo 89.3.a).2.º del TRLIS.

3.4.2. Argumentación de la Sala

Tras una detallada exposición del acuerdo declarativo del fraude a la ley tributaria, de las alegaciones de la recurrente y de la Resolución del TEAC de 3 de noviembre de 2016, y después de citar abundante jurisprudencia del TS relativa al fraude a ley tributaria, la Sala concluyó que:

[...] es claro que las operaciones realizadas provocan un efecto distinto al que se hubiera producido de seguirse el camino natural en la transmisión de acciones de las personas físicas a favor de la persona jurídica, cual es que intermediando la creación de Trebeteknik SL, que posteriormente fue disuelta y liquidada, se posibilitó la creación y deducción de un fondo de comercio, de 27,95 del valor de adquisición de las acciones, que en otro caso no se hubiera podido ni crear ni deducir por impedirlo el artículo 89.3.a).2 del TRLIS. Y esa operación, tal como ha acreditado la Administración, tal como a ella incumbía, con arreglo al artículo 105 LGT, esa «opción» del sujeto resulta injustificada desde la perspectiva del ordenamiento jurídico tributario en su conjunto, resultando radicalmente incompatible con el sistema de valores implícito en el sistema tributario. En resumen, que no se puede hablar de «economía de opción».

La Sala contrapone el camino jurídico natural de la operación con el camino efectivamente seguido, hallando que el mismo tiene la finalidad, puramente fiscal, de eludir el mandato del artículo 89.3.a).2.º del TRLIS, de manera tal que, en modo alguno se está en presencia de una economía de opción, por cuanto ese proceder es opuesto a los principios que animan el sistema tributario, singularmente, se entiende, el de aquellos que sustentan el conjunto normativo concerniente a las operaciones de fusión y asimiladas.

3.4.3. Comentario crítico

El artículo 89.3 del TRLIS admitía la eficacia fiscal de la diferencia de fusión, a condición de que la persona o entidad de la cual se adquirió la participación hubiere tributado sobre la plusvalía derivada de la transmisión. En este sentido, cuando la participación se hubiere adquirido de entidades jurídicas residentes en territorio español, tal eficacia era indubitada, por cuanto las plusvalías tributaban, a la sazón, por el IS, pero cuando se hubiere adquirido de personas físicas, tal certeza no existía, debido al impacto de los coeficientes de abatimiento de la Ley 18/1991. De aquí que el número 2.º del artículo 89.3 a) exigiera que «se pruebe que la ganancia patrimonial obtenida por dichas personas físicas se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».

En el caso de autos, si bien la vendedora inmediata de la participación que posibilitó la fusión impropia fue una entidad, los vendedores originarios fueron personas físicas que disfrutaron de la plena aplicación de los coeficientes de abatimiento, los cuales constituyeron tal entidad, pretendiendo así la eficacia fiscal de la diferencia de fusión, cuando la plusvalía no había tributado.

Desde esta consideración, el análisis de la Sala parece acertado.

Se notará que la regularización no se llevó a cabo mediante la aplicación de la norma antiabuso del artículo 96.2 del TRLIS. La aplicación de ese precepto hubiera determinado la tributación del fondo de comercio en sede de las entidades operativas absorbidas.

Este aspecto no está desarrollado en el expediente ni, por tanto, la Sala entró en él. Ahora bien, cualquiera que hubiere sido el motivo, se advertirá que la regularización mediante el expediente de fraude de ley o conflicto en aplicación de la ley tributaria es mucho más precisa, por cuanto versa exclusivamente sobre la irregularidad estrictamente cometida, en vez de provocar la tributación de todas las plusvalías latentes inherentes a la retirada del régimen fiscal especial.

Esta línea de regularización, circunscrita a la irregularidad cometida, ha inspirado la redacción actual de la norma antiabuso, prevista en el artículo 89.2 de la Ley 27/2014, cuyo párrafo segundo establece que «las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial... eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal». Sin embargo, no es una norma bien lograda, porque en su primer párrafo, siguiendo la línea tradicional, se establece que el régimen fiscal de la fusión y operaciones asimiladas no se aplicará «cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal», lo que apunta hacia la tributación inmediata de las plusvalías latentes, incluido el fondo de comercio, aun cuando la ventaja fiscal perseguida fuere de índole diversa.

Para resolver la posible contradicción tal vez debiera darse prioridad al párrafo segundo, sobre la base del principio de especialidad. Y, en un plano teórico, se advierte que la norma antiabuso específica es, y ha sido, prescindible, por cuanto la irregularidad eventualmente cobijada bajo una operación de fusión o asimilada hubiera podido neutralizarse de manera más exacta a través de las normas antiabuso de carácter general.

La cuestión de la relación entre la norma antiabuso de carácter general, actualmente contenida en el artículo 15 de la LGT y la norma antiabuso del régimen especial de fusiones y operaciones asimiladas, fue abordada por la Sentencia del TS de 23 de noviembre de 2016 (rec. núm. 3742/2015 –NFJ064776–), en la que sostuvo que:

[...] lo que viene a establecer el artículo 96 del Real Decreto Legislativo 4/2004, y los antecedentes legislativos anteriores, es una cláusula antiabuso general (que entronca en nuestro derecho interno con el artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial, figura diferenciada y distinta del fraude de ley de su artículo 6.4), no con el perfil del antiguo fraude de ley del artículo 24 de la Ley 230/1963 ni del actual conflicto en la aplicación de la norma del artículo 15 de la Ley 58/2003. Así las cosas, no se dan los presupuestos para la aplicación del procedimiento dispuesto en el «Artículo 194. Declaración de conflicto».

Sin embargo, el Auto del TS de 7 de febrero de 2020 (rec. núm. 5886/2019 –NFJ076531–) ha entendido que:

[...] no existe una concreta doctrina que aclare si esta cláusula antiabuso es incompatible con el actual conflicto en la aplicación de la norma en el sentido de no

ser exigible la declaración de este último. En consecuencia, se hace necesario un examen por el Tribunal Supremo que esclarezca la cuestión relativa a si la apreciación de la ausencia de un motivo económico válido hace innecesaria la tramitación del expediente de conflicto en la aplicación de la norma para dejar de aplicar el régimen especial al que pretendió acogerse el contribuyente.

En fin, por lo que se refiere a la eficacia fiscal de la diferencia de fusión, ha de recordarse, como ya ha sido comentado, que ha perdido gran parte de su actualidad a raíz de la entrada en vigor de la Ley 27/2014, ya que la misma no la reconoce como consecuencia de la exención de las plusvalías obtenidas en la transmisión de participaciones significativas, prevista en su artículo 21, pero no toda, habida cuenta de lo previsto en su disposición transitoria vigésimo séptima, la cual perpetúa, básicamente, lo previsto en el artículo 89.3 del TRLIS, cuando la participación correspondiente se hubiere «adquirido en un periodo impositivo que, en el transmitente, se hubiera iniciado con anterioridad a 1 de enero de 2015».

4. Operaciones vinculadas y asimilados

4.1. Valor de mercado (SAN de 9 de mayo de 2019, rec. núm. 133/2017 -NFJ074040-)

4.1.1. Hechos y objeto controvertido

Como consecuencia de la transmisión de un inmueble (2002), se pretendió el acogimiento de la plusvalía obtenida a la deducción por reinversión prevista en el artículo 36 ter de la Ley 43/1995 de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 43/1995), mediante la adquisición de participaciones significativas a uno de los socios.

El objeto controvertido consistió en determinar si el precio de la transmisión, en cuanto habida entre partes vinculadas, se adecuó al de mercado o, por el contrario, fue superior, con el consiguiente efecto sobre el importe que fue reinvertido, así como determinar, en su caso, la calificación del exceso.

4.1.2. Argumentación de la Sala

La argumentación de la Sala se proyectó, principalmente, en un análisis crítico de las valoraciones efectuadas, si bien asimismo hubo de entrar en la calificación que la inspección tributaria realizó del presunto exceso del precio sobre el valor normal de mercado, tomando en consideración que la operación se produjo entre partes vinculadas.

La Sala examinó hasta seis valoraciones, a saber, la administrativa, la del tercer perito en la tasación pericial contradictoria, la del perito judicial, y otras tres de peritos de parte. Pues

bien, la Sala no se atuvo a la del perito judicial, sino que realizó un examen profundo de todas ellas, según las reglas de la sana crítica, ateniéndose así a la doctrina sentada por las Sentencias del TS de 16 de septiembre de 1995 (rec. núm. 11194/1990) y 19 de enero de 1996 (rec. núm. 3922/1991 –NFJ004753–), concluyendo que el valor de referencia debía ser aquel por el que, dos años después, fue transmitido el principal activo de la entidad concernida.

Una vez determinado el valor de mercado, la Sala extrajo la consecuencia pertinente, esto es, que la base de cálculo de la deducción por reinversión debía reducirse en el exceso, por cuanto:

[...] para que opere la deducción es preciso que estemos ante «rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa», si se llega a la conclusión de que estamos ante un reparto de dividendos, no procede aplicar la exención, salvo exclusivamente en aquella parte que se considere como renta positiva obtenida onerosamente y esto es lo que hace la Inspección al regularizar.

Y, en fin, rechazó el argumento de parte, según el cual, la recalificación del exceso de precio como distribución de dividendos solo era posible a partir de la Ley 36/2006, por cuanto:

[...] el principio de calificación, actualmente regulado en el art. 13 de la LGT, permite a la Administración exigir las obligaciones tributarias al margen «de la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez». Se trata de una reacción frente al nominalismo. Es decir, la Administración, sin que su calificación produzca efectos sobre la validez del contrato, debe estar a efectos fiscales a la verdadera «naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado»...

De manera tal que la inspección tributaria no había incurrido en un supuesto de aplicación retroactiva del denominado ajuste secundario del artículo 16.8 del TRLIS, según la redacción establecida por la Ley 36/2006, sino que había aplicado el principio de calificación del artículo 13 de la LGT.

4.1.3. Comentario crítico

Aun cuando el objeto controvertido fue la base de cálculo de la deducción por reinversión, las enseñanzas que se derivan de la sentencia versan, principalmente, sobre la relación entre las normas rectoras de las operaciones vinculadas y las normas generales concernientes a la aplicación de los tributos de la LGT.

La detallada regulación del régimen de las operaciones vinculadas introducida por la Ley 36/2006, actualmente reproducida y aumentada en el artículo 18 de la Ley 27/2014, no

debería ocultar que, en no pocos supuestos, es posible llegar al mismo resultado práctico mediante el principio de calificación del artículo 13 de la LGT. Un análisis detenido de los mandatos sustantivos del artículo 18 de la Ley 27/2014 mostraría que los efectos derivados de los mismos podrían ser también alcanzados mediante las normas de la sección 3, del capítulo II del título I de la LGT, en particular, de la relativa al principio de calificación. En efecto, si las obligaciones tributarias deben exigirse «con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado», es evidente que un precio pactado entre partes vinculadas distinto del precio de mercado determinará una causa negocial distinta de la confesada, y de ahí la pertinencia de una regularización congruente con la verdadera causa. En este sentido es especialmente afortunado el último párrafo del fundamento jurídico séptimo de la sentencia que se comenta, en el que, refiriéndose al régimen de las operaciones vinculadas, se afirma que «el hecho de que el legislador decida regular las consecuencias del juego del principio de calificación, ordenando la forma en que debe hacerse, no impide que se llegue al mismo resultado en aplicación de un principio general».

4.2. Sociedad profesional (SAN de 18 de julio de 2019, rec. núm. 424/2016 -NFJ075469-)

4.2.1. Hechos y objeto controvertido

La entidad, cuyos socios únicos eran matrimonio tenía por objeto la prestación de servicios de cirugía plástica, los cuales eran realizados materialmente por el socio mayoritario, el cual no percibía retribución alguna. La regularización se practicó en sede de la entidad y de los socios.

El objeto controvertido consistió en determinar si existía una operación vinculada, su valoración y los ajustes pertinentes, tanto en relación con la entidad como con los socios, en particular respecto de aquel que materialmente prestaba los servicios.

4.2.2. Argumentación de la Sala

La Sala examinó el material probatorio, y tras rechazar que la entidad fuese un puro artificio creado con fines puramente fiscales, por cuanto disponía de los medios materiales necesarios para la prestación de servicios de cirugía plástica, a cuya realización también colaboraban otros profesionales que mantenían con ella relación de empleo, se centró en examinar la valoración administrativa de los servicios prestados por el socio mayoritario.

Esa valoración se efectuó minorando el precio cobrado por la entidad a sus clientes en el importe de los gastos asociados a la prestación de los mismos y en el margen habitualmente obtenido por las empresas del sector, lo que, a juicio de la Sala, suponía utilizar un

«comparable interno», en el sentido del artículo 16.4.1 a) del TRLIS. Esta valoración implicaba una renta gravable en sede de la imposición personal del socio y una correlativa minoración de la renta en sede de la imposición personal de la entidad.

Por otra parte, no habiendo percibido el socio que prestaba los servicios remuneración alguna, la Sala examinó el ajuste secundario apreciado por la inspección tributaria, consistente en imputar un aumento de los fondos propios en la entidad y un correlativo aumento del valor de la participación en el socio, en la proporción resultante del porcentaje de participación y en el exceso como liberalidad, dando su aprobación al mismo, en cuanto amparado por el artículo 16.8 del TRLIS.

4.2.3. Comentario crítico

La regularización efectuada por la inspección tributaria abarcó todos los aspectos de las relaciones vinculadas que se producen entre la sociedad y los socios. El hilo conductor fue la constatación de que los servicios formalmente prestados por la sociedad a los clientes materialmente lo fueron por el socio mayoritario, lo que permitió identificar un comparable interno amparado en el artículo 16.4.1 a) del TRLIS.

Se notará que la inspección tributaria no acudió al método de valoración previsto específicamente para las sociedades de profesionales por el artículo 16.6 del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), seguramente porque el socio no percibió remuneración alguna por la prestación de los servicios a la sociedad.

No de manera diferente se hubiera realizado la regularización bajo la Ley 27/2014, ya que, de una parte, el comparable interno está amparado por el artículo 18.4, y los ajustes secundarios por el apartado 11 del citado artículo.

En todo caso, de manera pragmática, el artículo 18.6 de la Ley 27/2014 ofrece al contribuyente un esquema de valoración basado en los flujos de carácter interno habidos en las relaciones entre la sociedad y los socios.

4.3. Sociedades de profesionales (STS de 17 de diciembre de 2019, rec. núm. 6108/2017 -NFJ075741-)

4.3.1. Hechos y objeto controvertido

Un conjunto de abogados constituyó una sociedad a través de la cual prestaban servicios jurídicos. Esa sociedad pagaba facturas expedidas por sociedades de las que eran

socios mayoritarios sus propios socios, existiendo una relación entre estas facturas y las libradas a los clientes.

El objeto controvertido consistió en determinar si las cantidades abonadas a las sociedades de los socios constituían, realmente, remuneraciones por los servicios prestados por dichos socios. No se discutió, por tanto, la pertinencia de prestar servicios jurídicos a través de sociedades, sino que:

[...] lo que se trata, y así se determina en el informe de disconformidad y en el acuerdo de liquidación, es de probar si estas sociedades responden a una realidad jurídico material sustancial con una causa negocial lícita, o por el contrario, si son meros artificios jurídico-formales que no persiguen otra finalidad que la de minorar la carga fiscal que por imperativo legal debe soportar el obligado tributario.

4.3.2. Argumentación de la Sala

El auto de admisión definió el interés casacional en «determinar si puede apreciarse la existencia de simulación en el ejercicio de una actividad profesional a través de una sociedad expresamente constituida para facturar los servicios prestados» y, en caso de que no existiera simulación, «precisar cómo ha de calificarse el ejercicio de una actividad profesional a través de una sociedad expresamente constituida para facturar los servicios prestados». Sin embargo, la sentencia no se pronunció respecto de estas cuestiones, «pues no se discute en el presente caso la posibilidad de que el ejercicio de la [¿actividad?] se realice a través de sociedades profesionales interpuestas».

La Sala advirtió que la estructura fiscal en presencia podía reportar riesgos de diferimiento en la tributación, de fraccionamiento de rentas y, en fin, de deducción de gastos personales. Con el trasfondo de estos riesgos, la Sala observó que la prueba practicada por la Sala de instancia llevaba a la conclusión de:

[...] que la recurrente debió abonar los servicios profesionales a los socios y no a las sociedades interpuestas, con la consideración de actividades económicas de los mismos y la retención correspondiente en el impuesto sobre la renta. Y para esa regularización bastaba con la aplicación del artículo 13 de la Ley General Tributaria.

En suma, la Sala no descalificó apriorísticamente la operatoria a través de sociedades interpuestas, sino que, en línea con sentencias precedentes, y de acuerdo con el abogado del Estado, puso:

[...] el centro de gravedad de la cuestión en un problema probatorio, a resolver caso por caso, de tal forma que podría haber supuestos de constitución de so-

ciudades profesionales de abogados que no fueran constitutivos de simulación y supuestos, que por las circunstancias que concurran, sí pudieran ser constitutivos de tal.

4.3.3. Comentario crítico

La sentencia aborda uno de los múltiples problemas que se congregan alrededor de las denominadas sociedades instrumentales. Se trata de sociedades que custodian patrimonios o que pretenden ser centro de imputación de las actividades desplegadas personalmente por los socios.

La sentencia ilustra sobre los riesgos fiscales de este tipo de sociedades, pero, lejos de pronunciar una descalificación abstracta, convoca a un examen de cada caso en presencia. Será la causa negocial, esto es, el fin práctico perseguido por las personas que constituyen o utilizan este tipo de sociedades, lo que determinará la solución fiscal pertinente.

En el caso en presencia, pesó fuertemente la correlación entre los servicios facturados a los clientes y los pagos realizados a las sociedades instrumentales correspondientes, así como la debilidad de los medios humanos y materiales de las mismas. Se notará, pues, que la inspección tributaria no combatió la realidad de la sociedad prestadora de los servicios jurídicos, sino la de las sociedades perceptoras de los ingresos dimanantes de los servicios materialmente prestados por sus titulares.

En términos semejantes se pronunció la Sentencia del TS de 11 de marzo de 2015 (rec. núm. 1670/2013 –NFJ076948–).

La Nota de la Agencia Tributaria sobre Interposición de Sociedades por Personas Físicas realiza un análisis muy similar al efectuado por la sentencia que se comenta.

En este sentido, tras reconocer la legitimidad de la prestación de servicios profesionales a través de sociedades, indica que las mismas no deben «servir para amparar prácticas tendentes a reducir de manera ilícita la carga fiscal mediante la utilización de las sociedades a través de las cuales supuestamente se realiza la actividad», a cuyo efecto «cobra especial importancia el examen de las circunstancias concretas de cada expediente».

Así, debe concurrir la pertinente dotación de medios humanos y materiales y, lógicamente, su utilización, pudiendo ser la respuesta, en caso de su ausencia, la simulación, en el sentido del artículo 16 de la LGT, mientras que, en caso de su presencia, la inspección tributaria se dirigirá a comprobar si el precio pagado por la sociedad al socio que presta los servicios es congruente con el valor de mercado de los mismos, en los términos del artículo 18 de la Ley 27/2014.

4.4. Principio de regularización íntegra (STS de 13 de noviembre de 2019, rec. núm. 1675/2018 -NFJ075575-)

4.4.1. Hechos y objeto controvertido

Tras la comprobación administrativa se dictó un acuerdo de liquidación en el que, entre otros aspectos, se consideró no deducible el gasto por servicios prestados por la sociedad matriz y por intereses igualmente pagados a la entidad matriz, por considerarse que no había quedado probada la realidad de los servicios, aduciéndose, además, que los intereses encubrían una remuneración derivada de la condición de socio o accionista.

La entidad recurrente alegó que la actuación administrativa era contraria a Derecho por cuanto la Administración hubiera debido proceder en unidad de acto a la regularización de la entidad matriz, en tanto que el abogado del Estado, aun reconociendo la jurisprudencia en tal sentido respecto de las retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y de las cuotas soportadas por el impuesto sobre el valor añadido (IVA) mantuvo que, fuera del supuesto de las operaciones de carácter vinculado, no pesaba tal obligación sobre aquella, en el marco del IS, sin perjuicio, claro está, del derecho que asistía al obligado tributario de solicitar la devolución de ingresos indebidos.

El auto de admisión del recurso de casación definió el objeto controvertido centrándolo en discernir si la Administración debía efectuar o no una regularización completa y bilateral de la situación, «evitándose así un enriquecimiento injusto».

4.4.2. Argumentación de la Sala

Tras una exposición de las sentencias en las que se explicitó el principio de regularización íntegra, todas ellas relativas al IVA y a las retenciones a cuenta del IRPF, la Sala concluyó que cuando en un procedimiento se advierta la existencia de terceros potencialmente afectados «la regularización ha de ser íntegra, lo que exige que la Administración les llame al procedimiento, o al menos acredite la inexistencia de la repercusión o ingreso por el tercero».

En esto pues, consiste el principio de regularización íntegra, que se trata de un principio general «que no es sino aplicación del principio general de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución y que evita, además, el enriquecimiento injusto por parte de la Administración». En este sentido, la regularización bilateral del artículo 16 del TRLIS no sería sino una expresión particular de dicho principio que, desde luego, no impide aplicarlo a otros casos.

Consecuentemente, la Sala respondió a la pregunta formulada en el auto de admisión afirmando que la Administración «ha de efectuar una regulación [¿regularización?] completa y bilateral de la situación, evitando con ello el enriquecimiento injusto».

Sin embargo, de ahí no se derivó la anulación del acto de liquidación, por cuanto la entidad recurrente «no solicitó, en ningún momento, durante la tramitación administrativa, la presencia de la entidad supuestamente vinculada, lo que debió hacer en virtud del principio de buena fe que debe presidir las relaciones entre los administrados y la Administración», de manera tal que, en línea con la sentencia de instancia, «corresponde a la entidad supuestamente perjudicada alegar dicha inacción procedimental, si entiende que le causó indefensión». En este punto, por tanto, el recurso fue desestimado.

4.4.3. Comentario crítico

El principio de regularización íntegra, acuñado por la jurisprudencia del TS obliga a trasladar a terceros los hechos probados en el procedimiento de aplicación de los tributos, otorgándoles el efecto pertinente a su naturaleza. No se trata, por tanto, de que la situación tributaria del tercero impida la regularización tributaria del obligado tributario en el procedimiento a la vista de los hechos probados en el mismo, sino de extraer, en relación con dicho tercero, todas las consecuencias de los hechos que fundamentan esa regularización.

Una aproximación al referido principio de regularización íntegra se encuentra en el artículo 18 de la Ley 27/2014, relativo a las operaciones vinculadas, en cuya virtud la corrección practicada por aplicación del principio de libre concurrencia no determinará, para el conjunto de las partes implicadas, la tributación «de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación».

El artículo 19 del RIS establece las normas procedimentales pertinentes. A tal efecto, las partes vinculadas podrán comparecer en el procedimiento en las fases de recurso en vía administrativa y económico-administrativa, quedando la Administración tributaria obligada a regularizar de oficio la situación de las partes vinculadas, una vez que las liquidaciones practicadas hayan alcanzado firmeza.

El principio de regularización íntegra puede evitar la doble imposición, pero esa no es su función. Su función es que los hechos constatados en un procedimiento de aplicación de los tributos surtan efecto respecto de todos los obligados tributarios afectados por los mismos.

Estando la Administración sometida a la ley y al derecho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 103.1 de la Constitución, el principio de regularización íntegra no es sino una forma sucinta de denominar una consecuencia del poder-deber que a aquella le incumbe de aplicar los tributos a tenor de los hechos determinantes de los mismos, y de hacerlo, lógicamente, en relación con todos los sujetos y obligaciones tributarias en presencia.

En este sentido, en el caso de autos, una vez firme el acto de liquidación, la Administración tributaria habría de regularizar la situación tributaria de la entidad matriz, considerando y calificando los hechos probados que sustentaron dicho acto de liquidación, referido a la entidad filial. Desde luego, el mejor cumplimiento del principio de legalidad, demandaría

una regularización de oficio, pero, en todo caso, en ausencia de vías específicas, y ante una eventual pasividad de la Administración tributaria, quedará siempre abierta la de rectificación de autoliquidaciones del artículo 120.3 de la LGT.

Por el contrario, el principio de regularización íntegra o completa no debería tener el alcance de impedir la regularización con base en los hechos probados, bajo el pretexto de que estos han de tener un efecto de signo inverso en otro u otros obligados tributarios.

5. Otros

5.1. Presunción de renta (SAN de 20 de febrero de 2019, rec. núm. 788/2015 -NFJ073257-)

5.1.1. Hechos y objeto controvertido

El contribuyente efectuó un pago en metálico para satisfacer parte del precio de adquisición de un solar, por importe de 700.000 euros, sin que su contabilidad registrara este hecho.

El objeto controvertido consistió en determinar si tal hecho implicaba la existencia de una renta no declarada en el sentido del artículo 134 del TRLIS.

5.1.2. Argumentos de la Sala

La Sala examinó la prueba aportada por la inspección tributaria, la cual comprendió una diligencia en la que se hacía constar que en la contabilidad del contribuyente no había constancia del pago realizado, otra diligencia en la que se hacía constar que ese pago sí constaba en la contabilidad de la entidad vendedora y, en fin, la constatación de que el mismo día en que se efectuó el pago en metálico, se realizó un ingreso por importe de 580.000 euros en la cuenta de una entidad bancaria, quedando el resto en caja para pago de una comisión relativa a la operación. Para la Sala fue especialmente relevante el depósito en cuenta bancaria.

Esa prueba llevó a la Sala a la convicción de que era «razonable concluir que [el contribuyente] posee ingresos o rentas no contabilizados y, por ende, no declarados».

Hubo también de entrar la Sala en un motivo, esgrimido por la entidad recurrente bajo el reproche de desviación de poder, consistente en negar la ocultación de rentas según la conducta seguida por la inspección tributaria respecto de la infracción cometida, ya que, rebasando la cuota los 120.000 euros, caso de haberse producido una ocultación de rentas, lo pertinente hubiere sido enviar el expediente al Ministerio Fiscal. La Sala lo rechazó, argumentando que la concurrencia del límite objetivo:

[...] no supone que, automáticamente, las actuaciones deban remitirse al Ministerio Fiscal. En efecto, existe consenso doctrinal y jurisprudencial en que el delito de defraudación tributaria exige dolo... la decisión de la Administración de remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal no puede ser automática y realizarse en cuanto la cuota defraudada supere los 120.000 euros. Lejos de ello exige un juicio complejo.

La sanción administrativa, con la agravante de ocultación, fue confirmada por la Sala.

5.1.3. Comentario crítico

El artículo 134 del TRLIS, actualmente recogido en el artículo 121 de la Ley 27/2014, establece dos presunciones cuyo hecho-base es, respectivamente, la omisión en libros de contabilidad de activos o el reflejo de deudas inexistentes, siendo el hecho-consecuencia la obtención de rentas no declaradas.

Corresponde a la inspección tributaria probar el hecho-base y al contribuyente rebatirlo. El movimiento de dinero quedó, en efecto, probado en los registros contables de la entidad receptora y de la entidad de crédito, y la ausencia del asiento de salida prueba, razonablemente, que tal dinero constituía un activo oculto.

El argumento relativo a la desviación de poder, resuelto por la Sala eficazmente, ilustra acerca de las dificultades de deslindar los ilícitos penal y administrativo, por más que la falsedad contable pudiera entenderse orientada hacia el primer tipo.

5.2. Empresas de reducida dimensión (STS de 18 de julio de 2019, rec. núm. 5873/2017 -NFJO74245-)

5.2.1. Hechos y objeto controvertido

El obligado tributario era una entidad que obtenía exclusivamente ingresos financieros, derivados del arrendamiento de inmuebles, sin disponer de plantilla.

El objeto controvertido consistió en dilucidar si el régimen de las entidades de reducida dimensión era aplicable, a partir de la entrada en vigor de la Ley 35/2006, a las entidades que no realizan actividades económicas, respondiendo así a la cuestión de interés casacional.

5.2.2. Argumentación de la Sala

Tras la reproducción de todos los preceptos que, a lo largo del tiempo, han venido regulando el régimen de las empresas de reducida dimensión, así como el régimen de las sociedades patrimoniales, la Sala indica que:

[...] únicamente se discute acerca de si se realizan actividades económicas, por parte de una determinada sociedad, la hoy recurrente, en dos ejercicios concretos, el 2010 y el 2011. Aunque estamos en el impuesto sobre sociedades, se pretende por la administración aplicar, y ello lo refrenda la sentencia recurrida, el concepto de actividades económicas que rige en otro impuesto, el IRPF, sin haber una habilitación expresa. Es cierto que tanto el IS como el IRPF gravan la renta, pero ello no quiere decir que eso conduzca inexorablemente a su equiparación en el aspecto que nos ocupa. A partir de los ejercicios iniciados el 1 de enero de 2007 no es posible hacer extensivo al IS lo previsto en el IRPF en ese concreto aspecto. Qué duda cabe que se ha producido una ampliación del ámbito de aplicación subjetiva del régimen especial de empresas de reducida dimensión, ampliación que esta Sala considera que es voluntad de legislador y que está en consonancia, puesto que ello se produce simultáneamente, con la derogación del régimen de empresas patrimoniales. Si el legislador quería que a las sociedades de mera tenencia de bienes no se les aplicara el régimen de entidades de reducida dimensión debería haberlo dicho de manera expresa, puesto que su silencio nos lleva a la interpretación que se acaba de apuntar.

La Sala pronuncia dos argumentos. El primero, que no es posible, tras la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas... (Ley 35/2006), discernir la existencia de actividad económica en el IS en función de lo previsto en el IRPF. El segundo, que la voluntad del legislador de la Ley 35/2006 ha sido ampliar el ámbito subjetivo de la aplicación del régimen de las empresas de reducida dimensión a las sociedades de mera tenencia de bienes, lo que resulta congruente, a juicio de la Sala, con la supresión del régimen de «empresas» (dice la Sala) patrimoniales. Nótese que, con ello, la Sala identifica empresa con sociedad, pero ni toda sociedad es empresa, ni todas las empresas son sociedades, por más que exista una amplia zona de intersección de los dos conjuntos.

5.2.3. Comentario crítico

El régimen de las empresas de reducida dimensión se incorporó en la fase parlamentaria de la Ley 43/1995. Consistía el mismo en un conjunto de incentivos fiscales aplicables a las empresas cuya cifra de negocios fuera inferior a 250 millones de pesetas. Posteriormente este límite se ha ido ampliando.

Para disfrutar de este régimen no se exigía explícitamente la realización de actividades económicas. Sin embargo, por su naturaleza técnica, los incentivos fiscales aludidos exigían implícitamente la realización de actividades económicas. Tampoco se establecía, expresamente, la exclusión de aquellas entidades que no realizaran actividades económicas, tal vez porque a las mismas se les debía aplicar el régimen de transparencia fiscal.

Posteriormente, dentro del marco del régimen fiscal de las empresas de reducida dimensión, se incorporó la tributación por un tipo especial reducido. Por su naturaleza técnica

ca, este incentivo fiscal era susceptible de ser aplicado a todo tipo de rentas, pero, al estar incardinado en el régimen de las entidades de reducida dimensión, se vino entendiendo en las instancias administrativas que solo debía aplicarse a las entidades que podían disfrutar del mismo y que, por tanto, realizaban actividades económicas.

La Ley 46/2002 (de reforma parcial del impuesto sobre la renta de las personas físicas y por la que se modifican las leyes de los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de no residentes) suprimió el régimen de transparencia fiscal, e introdujo el régimen de las sociedades patrimoniales, el cual se aplicaba a las entidades que no realizaban actividades económicas.

De esta manera, el campo de aplicación del régimen de las empresas de reducida dimensión quedaba acotado por dos fronteras, una de carácter positivo, esto es, la naturaleza técnica de los incentivos fiscales aplicables, claramente concebida respecto de la realización de actividades económicas, y otra, menos significativa, de carácter negativo, esto es, la sumisión de las entidades que no realizaban actividades económicas a los regímenes de transparencia fiscal o de las sociedades patrimoniales.

El informe de la ponencia del proyecto de Ley del impuesto sobre sociedades (Boletín del Congreso 557/1995, V legislatura, pp. 16.941 y ss.) explica el espíritu y finalidad del régimen fiscal de las empresas de reducida dimensión diciendo, entre otras menciones similares, que «estamos estableciendo un marco favorable para las pequeñas empresas que va a permitir mejorar su competitividad, pero siempre vinculado a que, previamente, esa pequeña empresa esté en la senda de crear empleo o de reactivar su actividad económica». La voluntad del legislador de la Ley 43/1995 era meridiana: el régimen fiscal de las empresas de reducida dimensión se concebía indisolublemente vinculado a la realización de actividades económicas.

La sentencia del TS de 27 de noviembre de 2014 (rec. núm. 4070/2012 –NFJ057851–), en referencia a periodos impositivos anteriores a la Ley 35/2006, ligó el régimen de las empresas de reducida dimensión a la realización de actividades económicas, indicando que «la aplicación de este régimen, (que) supone un incentivo fiscal para el ejercicio de actividades económicas por parte de las pequeñas empresas», y lo propio hizo la sentencia, ahora recurrida y casada, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 de septiembre de 2017 (rec. núm. 50/2017 –NFJ068991–), al señalar que «el incentivo que pretende ese artículo busca o tiene la finalidad de reactivar inversiones y el empleo, lo que no ocurre en las sociedades de mera tenencia de bienes...» ya en relación con periodos impositivos posteriores a la Ley 35/2006.

La Ley 35/2006 suprimió el régimen de las sociedades patrimoniales y, con ello, desapareció la frontera negativa, pero no la positiva.

Ya bajo la vigencia de la Ley 35/2006, la Resolución del TEAC de 30 de mayo de 2012 (RG 2398/2012 –NFJ047068–), resolviendo un recurso para la unificación de criterio, pivo-

tó sobre la primera frontera. En efecto, el propio título del régimen fiscal incluye la palabra «empresas», de manera tal que el régimen no es para todos los sujetos pasivos, sino solo para aquellos que tienen la consideración de «empresas». Y así, el TEAC concluyó que:

[...] de todo lo expuesto con anterioridad se desprende que la entidad no ha sido «una empresa», entendida esta conforme a la interpretación usual, como la organización de un conjunto de medios materiales y personales para la realización de una auténtica actividad económica para intervenir de forma efectiva en la distribución de bienes o servicios en el mercado.

Se notará que la resolución no acude a la Ley 35/2006 para acotar el concepto de empresa.

Además de esa interpretación, basada en la pura literalidad del título del régimen fiscal, el TEAC indagó en el espíritu y finalidad del régimen fiscal de las empresas de reducida dimensión, indicando que «la finalidad de la norma es estimular la realización de actividades empresariales por empresas de reducida dimensión que fomenten el ciclo económico productivo de las empresas y el desarrollo económico».

La Sentencia de la AN de 5 de diciembre de 2019 (rec. núm. 1024/2017 –NFJ076949–) después de hacerse amplio eco de la resolución del TEAC y de citar un nutrido conjunto de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en el mismo sentido afirma, en relación con periodos impositivos posteriores a la Ley 35/2006, que la finalidad del régimen de las empresas de reducida dimensión:

[...] era fomentar, desde la perspectiva de la regulación fiscal, a las pequeñas y medianas empresas para reactivar a estos importantes agentes económicos por su papel en el conjunto de la economía global, papel que no reconocen dichas sentencias a las de mera tenencia de bienes.

¿Ha decaído, tras la Ley 35/2006, el espíritu y finalidad que, desde su creación, alentó el régimen fiscal de las empresas de reducida dimensión? ¿La supresión del régimen de las sociedades patrimoniales es la prueba de ese decaimiento?

La sentencia del TS que se comenta así lo ha entendido. Se comparta, o no, el *iter* argumental de la Sala, lo que resulta difícil de alumbrar es la razón por la cual el legislador hubiere podido querer dispensar un tratamiento fiscalmente privilegiado a las entidades de mera tenencia de bienes cuya cifra de negocios no hubiere excedido una determinada cuantía.

Sea como fuere, lo cierto es que la Ley 27/2014 ha recuperado el espíritu y finalidad del régimen fiscal de las empresas de reducida dimensión, tal y como fue concebido por el legislador de la Ley 43/1995, ya que el artículo 101.1 de aquella precisa que los incentivos



que lo integran «no resultarán de aplicación cuando la entidad tenga la consideración de entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta ley».

Se notará que este precepto no ha venido a superar la interpretación de la sentencia que se comenta, ya que es anterior a la misma, pero sí da pie a intuir que el legislador era muy consciente de las dificultades interpretativas en presencia.

Referencia bibliográfica

Sanz Gadea, E. (2019). El procedimiento amistoso en el contencioso de los gastos financieros. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 439, 153-172.