



# El impuesto sobre sociedades en 2021

**Eduardo Sanz Gadea**

*Inspector de la Hacienda del Estado (jubilado)*

## Extracto

Una vez más, el CEF-, Centro de Estudios Financieros, ha tenido la amabilidad de invitarme a publicar unos comentarios sobre la evolución legislativa del impuesto sobre sociedades durante el pasado año. Desde su entrada en vigor, la Ley 27/2014 ha sufrido un conjunto de reformas que, sin quebrantar su estructura, han supuesto modificaciones notables. En 2021, la más llamativa ha sido la tributación mínima del 15 %, cuya carga política excede, con mucho, de su significación en el campo de la técnica tributaria. En este ámbito, cabe resaltar la transposición de tres normas comunitarias: tributación de salida, transparencia fiscal internacional y asimetrías híbridas, si bien esta última no será comentada en la presente colaboración, ya que lo fue en otra (*vid.* Sanz Gadea, 2021).

**Palabras clave:** transparencia; incentivo fiscal; *holding*, mínima; asimetrías.

**Cómo citar:** Sanz Gadea, E. (2022). El impuesto sobre sociedades en 2021. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 471, 5-76.



# Corporate Income Tax 2021

Eduardo Sanz Gadea

## Abstract

Once again, CEF-, Centro de Estudios Financieros has kindly asked me to publish some commentary on the evolution of Corporate Income Tax legislation during the last year. Since it came into effect, Law 27/2015 has suffered various reforms which, without changing its main structure, have modified it notably. In 2021, the most striking modification has been the introduction of a 15% minimum tax, whose political intention exceeds its tax implications. In this regard, it should also be highlighted the transposition of three EU Directives: exit tax, controlled foreign company rules and hybrid mismatches, although the latter will not be included in the present paper as it was already commented on a previous one.

**Keywords:** controlled foreign company rules; tax incentives; holding; minimum tax; hybrid mismatches.

**Citation:** Sanz Gadea, E. (2022). El impuesto sobre sociedades en 2021. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 471, 5-76.



## Sumario

1. El elenco de las modificaciones
2. Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal
  - 2.1. Tributación de salida
    - 2.1.1. Hechos gravados
    - 2.1.2. Importe gravado
    - 2.1.3. Régimen intracomunitario
    - 2.1.4. Eliminación de la doble imposición
    - 2.1.5. Efectos sobre el periodo impositivo
    - 2.1.6. La tributación de salida en el régimen fiscal de las fusiones y operaciones asimiladas
      - 2.1.6.1. La desarmonía regulatoria
      - 2.1.6.2. El cambio de domicilio social intracomunitario
    - 2.1.7. La tributación de salida en el impuesto sobre la renta de las personas físicas
  - 2.2. Tributación de las instituciones de inversión colectiva
    - 2.2.1. Cómputo del número mínimo de accionistas
    - 2.2.2. Comprobación administrativa del número de accionistas
    - 2.2.3. Entidades exceptuadas
    - 2.2.4. El privilegio fiscal de la inversión colectiva
    - 2.2.5. Disolución y liquidación de sociedades de inversión colectiva
    - 2.2.6. Disolución por fusión
  - 2.3. Incentivos fiscales para la cinematografía y el audiovisual
    - 2.3.1. Producciones cinematográficas
    - 2.3.2. Producción y exhibición de espectáculos en vivo, de artes escénicas y musicales
  - 2.4. Transparencia fiscal internacional
    - 2.4.1. Inclusión del establecimiento permanente
    - 2.4.2. Actividades crediticias y aseguradoras
    - 2.4.3. Actividades de escaso valor añadido
    - 2.4.4. Dividendos y plusvalías de cartera
    - 2.4.5. Exclusión de la imputación por operaciones con terceros

- 2.4.6. Exclusión relativa a la Unión Europea
  - 2.4.6.1. El concepto de actividad económica
  - 2.4.6.2. Las entidades *holding*
  - 2.4.6.3. Instituciones de inversión colectiva
- 2.5. Índice de entidades
- 2.6. La jurisdicción fiscal no cooperativa
  - 2.6.1. La transparencia fiscal
  - 2.6.2. Regímenes fiscales perjudiciales
  - 2.6.3. Baja o nula tributación
  - 2.6.4. Estructura de la relación de jurisdicciones no cooperativas
  - 2.6.5. Convenios para evitar la doble imposición
  - 2.6.6. Régimen anterior a la futura lista de jurisdicciones no cooperativas
- 2.7. Registro Especial de Buques y Empresas Navieras
- 2.8. Régimen fiscal de la SOCIMI
  - 2.8.1. Régimen sustantivo de la SOCIMI
  - 2.8.2. Régimen fiscal de la SOCIMI previo a la Ley 11/2021
  - 2.8.3. Modificación introducida por la Ley 11/2021
- 3. Ley 14/2021, de 11 de octubre, de medidas de apoyo al sector cultural
  - 3.1. Cinematografía y audiovisual en Canarias
  - 3.2. Organizaciones no lucrativas extranjeras
  - 3.3. Acontecimientos de excepcional interés
- 4. Ley de presupuestos generales del Estado para 2022
  - 4.1. Características de la tributación mínima
  - 4.2. Determinación de la tributación mínima
  - 4.3. Contribuyentes afectados
  - 4.4. Especialidades
  - 4.5. Grupos fiscales
  - 4.6. La monetización
  - 4.7. La tributación mínima en el impuesto sobre la renta de no residentes
  - 4.8. Relación con la imposición mínima global del G20/OCDE
  - 4.9. Relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
  - 4.10. Relación con el derecho de la Unión Europea
- 5. Real Decreto 243/2021, de 6 de abril, de intercambio de información tributaria
- 6. Real Decreto 399/2021, de 8 de junio, por el que se modifican el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa
- 7. Orden HAC/560/2021, de 4 de junio, por la que se aprueban los modelos de declaración



8. Real Decreto-Ley 5/2021
  9. Real Decreto-Ley 31/2021, de 28 de diciembre, por el que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias
  10. Modificación del Plan General de Contabilidad
    - 10.1. La trascendencia fiscal de las normas contables
    - 10.2. La modificación del Plan General de Contabilidad establecida por el Real Decreto 1/2021
      - 10.2.1. La valoración por el valor razonable
      - 10.2.2. El reconocimiento de los ingresos
  11. Directiva (UE) 2021/2101
- Referencias bibliográficas

**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, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.



## 1. El elenco de las modificaciones

Las modificaciones más relevantes, acaecidas en 2021, están contenidas en las siguientes normas:

- Real Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS), y el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (TRLIRNR), aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas.
- Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.
- Ley 14/2021, de 11 de octubre, por la que se modifica el Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019.
- Real Decreto-Ley 25/2021, de 8 de noviembre, de medidas en materia de seguridad social y otras medidas fiscales de apoyo social.
- Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2022.
- Real Decreto-Ley 31/2021, de 28 de diciembre, por el que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias.

Junto a ellas, merecen ser citadas, por su relación con el impuesto sobre sociedades (IS), las siguientes:

- Real Decreto 243/2021, de 6 de abril, por el que se modifica el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria

y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE, por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

- Real Decreto 399/2021, de 8 de junio, por el que se modifican el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, y otras normas tributarias.
- Orden HAC/560/2021, de 4 de junio, por la que se aprueban los modelos de declaración del IS y del impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) correspondiente a establecimientos permanentes.

En fin, por la importancia de la normativa contable en la configuración de la base imponible del IS, ha de tomarse en consideración el Real Decreto 1/2021, de 12 de enero, por el que se modifican el Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre; el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (PGC pymes), aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre; las Normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas (NOFCAC) aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre; y las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos aprobadas por el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre.

En el mismo sentido, cabe citar la Directiva (UE) 2021/2101, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al impuesto sobre los beneficios.

## **2. Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal**

Abarca esta ley un amplio abanico de medidas. Por lo que se refiere al IS, estas son las siguientes:

- Tributación de salida. Nueva redacción del artículo 19.1 de la Ley 27/2014.
- Tributación de las instituciones de inversión colectiva (IIC). Nueva redacción del artículo 29.4 a) de la Ley 27/2014. Disposición transitoria cuadragésima primera.
- Incentivos fiscales a la cinematografía. Nueva redacción del artículo 36.2 de la Ley 27/2014. Disposición transitoria cuadragésima segunda.

- Transparencia fiscal internacional. Nueva redacción del artículo 100 de la Ley 27/2014.
- Índice de entidades. Nueva redacción del artículo 119.1 de la Ley 27/2014.
- Jurisdicción fiscal no cooperativa. Nueva redacción de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006. Nueva disposición adicional décima. Nueva redacción de la disposición transitoria segunda.
- Régimen fiscal de buques en Canarias. Nuevo apartado 3 del artículo 73, nuevo artículo 73 bis y nueva redacción del artículo 76 de la Ley 19/1994.
- Incentivos fiscales a la cinematografía en Canarias. Nueva disposición adicional de la Ley 19/1994.
- Régimen fiscal de la SOCIMI. Modificación de la Ley 11/2009.

## 2.1. Tributación de salida

La nueva redacción del artículo 19.1 de la Ley 27/2014, establecida por el artículo primero.uno de la Ley 11/2021 y del artículo 18 del TRLIRNR, establecida por el artículo segundo.tres de la Ley 11/2021, regulan la denominada tributación de salida mediante la transposición del artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/1164.

El fundamento y objetivo de la tributación de salida es sujetar a gravamen las plusvalías latentes en aquellos elementos patrimoniales que, en el momento de su efectiva realización, caerán bajo la competencia de otra jurisdicción fiscal. Se grava hoy lo que no se podrá gravar mañana. Implica, por tanto, una excepción a las reglas generales de devengo de las rentas y de su integración en la base imponible. Mas cuando esa otra jurisdicción fiscal lo sea de un Estado miembro de la Unión Europea, se presenta un supuesto de restricción a la libertad de establecimiento, abordado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en varias sentencias, cuyo común denominador es la pertinencia de la liquidación de la deuda tributaria correspondiente a la plusvalía latente, pero no su recaudación inmediata.

### 2.1.1. Hechos gravados

El artículo 5.1 de la Directiva (UE) 2016/1164 contempla cuatro hechos susceptibles de desencadenar la tributación de salida:

- Traslado de activos desde la sede de dirección a un establecimiento permanente, cualquiera que sea su ubicación, y el «Estado miembro en el que se encuentra la sede ya no tenga derecho a gravar dichos activos».
- Traslado de activos desde un establecimiento permanente ubicado en un Estado miembro a la sede de dirección o a otro establecimiento permanente, cualquiera



que sea su ubicación, y el «Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tenga derecho a gravar dichos activos».

- Traslado de la residencia fiscal, cualquiera que sea la jurisdicción fiscal de destino, «excepto en relación con aquellos activos que sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente».
- Traslado de la actividad realizada por un establecimiento permanente, cualquiera que sea el destino de la actividad. Traslado de la actividad es dejar de estar presente en la jurisdicción fiscal de un Estado miembro y establecerla en otra jurisdicción fiscal, y el «Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tenga el derecho a gravar dichos activos».

Así pues, la tributación de salida relaciona a dos jurisdicciones fiscales, una de las cuales pierde el nexo de conexión respecto de las rentas relativas a ciertos elementos patrimoniales en tanto que la otra lo gana.

Considerando conjuntamente los artículos 19.1 de la Ley 27/2014 y 18.5 del TRLIRNR, los supuestos contemplados por la legislación española son los siguientes:

- Traslado de la residencia fiscal, excepto por lo que se refiere a los elementos patrimoniales que queden *afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español*.
- Cese de un establecimiento permanente.
- Transferencia de elementos patrimoniales del establecimiento permanente al extranjero.
- Traslado de la actividad del establecimiento permanente al extranjero.

Puede apreciarse que no existe una estricta correspondencia entre los supuestos de la Directiva (UE) 2016/1164 y los previstos en la legislación española. Así, el traslado de activos desde la sede de dirección a un establecimiento permanente ubicado en el extranjero no lo está, tal vez porque el artículo 4.1 de la Ley 27/2014 establece el principio de renta mundial, de manera tal que las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente están gravadas y, por ende, la relativa a las plusvalías realizadas respecto de los referidos activos.

En sentido inverso, la Directiva (UE) 2016/1164 no contempla el cese de establecimiento permanente, por más que el traslado de actividad, que sí está contemplado, ampliamente interpretado, pueda cubrirlo.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/1164, la tributación de salida se exceptúa en los siguientes supuestos:

- Traslado de activos relacionados con la financiación de garantías, cuando se prevea el retorno dentro de un plazo no superior a 12 meses.
- Traslado de activos para cumplir requisitos prudenciales de capital.
- Traslado de activos a efectos de gestión de liquidez.

El último párrafo del artículo 19.1 de la Ley 27/2014 se refiere a estos tres supuestos, igualmente válidos a efectos del IRNR, habida cuenta que la base imponible correspondiente a los establecimientos permanentes se determina, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18.1 del TRLIRNR, con arreglo a las normas del IS.

### 2.1.2. Importe gravado

De acuerdo con lo previsto en el artículo 5.1 de la Directiva (UE) 2016/1164, cuando se presente alguno de los hechos gravados y no concurra una causa inhibitoria, el contribuyente será gravado por un importe igual al valor de mercado de los activos trasladados en el momento de su salida, una vez deducido el valor de los mismos *a efectos fiscales* (art. 5.1).

Esta tributación debe aplicarse cualquiera que sea la jurisdicción fiscal de llegada, esto es, también frente a jurisdicciones fiscales de Estados terceros.

El artículo 19.1 de la Ley 27/2014 establece que se «integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de este».

El artículo 5.6 de la Directiva (UE) 2016/1164 define el valor de mercado como «el importe por el que puede intercambiarse un activo o por el que pueden liquidarse las obligaciones recíprocas entre compradores y vendedores interesados independientes en una transacción directa». El artículo 19.1 de la Ley 27/2014 no ha recogido esta definición, de manera tal que por valor de mercado habrá que entender el descrito en el artículo 18.1 de la Ley 27/2014, pero de ello no se sigue una discrepancia entre la norma comunitaria y la norma interna, ya que, en efecto, una y otra beben en las fuentes de la *comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances* a que se refiere el capítulo II de la Guía de precios de transferencia de la OCDE.

El artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/1164 predica la valoración por el valor de mercado respecto de los *activos trasladados* y el artículo 19.1 de la Ley 27/2014, respecto de los *elementos patrimoniales que sean propiedad de la entidad* que traslada su domicilio.

No hay duda de que todos los activos contablemente registrados, cualquiera que sea la clase a la que pertenezcan, esto es, tangibles, intangibles y financieros, están sujetos

a la tributación de salida. La duda puede presentarse respecto de aquellos intangibles existentes, pero no registrados contablemente porque no procedan de transacciones con terceros, sino que hayan sido creados por la propia entidad. En sentido positivo, cabe argumentar que los activos en cuestión existen, de manera tal que las rentas inherentes a los mismos se habrían gravado a medida de su producción, en caso de no producirse la salida. Un activo paradigmático, en el sentido expuesto, es el fondo de comercio.

La renta así determinada se integrará en la base imponible. Si consiste en plusvalías de valores afectos a la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014, podrá disfrutar de la misma, por más que este supuesto no se encuentre mencionado en el apartado 3 del referido artículo. En efecto, la tributación de salida no debe gravar una renta que, cuando realizada frente a terceros, no lo sería.

También se integra en la base imponible la renta de signo negativo.

### 2.1.3. Régimen intracomunitario

Los apartados 2, 3 y 4 del artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/1164 contienen, cuando la jurisdicción fiscal de llegada sea la de un Estado miembro o la de un Estado que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), en este segundo caso bajo condición de acuerdo de asistencia mutua para el cobro de créditos fiscales, las siguientes previsiones:

- Opción, a favor del contribuyente, de fraccionar el pago de la deuda de la tributación de salida a lo largo de cinco años.
- Opción, a favor de los Estados miembros, de exigir intereses de demora.
- Constitución de garantía, pero solamente cuando exista un *riesgo demostrable y real de impago*.

La nueva redacción del artículo 19.1 de la Ley 27/2014 indica que la opción se ejercerá en la declaración correspondiente al periodo impositivo que concluya por causa del cambio de residencia.

La opción versa sobre la porción de deuda tributaria que corresponda a la aplicación del valor de mercado. Por tanto, no abarca a la totalidad de la deuda tributaria correspondiente al periodo impositivo en el que se produce la salida.

El primer pago fraccionado debe efectuarse dentro del plazo de presentación voluntaria de tal declaración. Los cuatro pagos restantes generan intereses de demora y deberán efectuarse con cadencia anual.

No se exigirá la constitución de garantías en relación con los pagos fraccionados pendientes a menos que concurran *indicios racionales de que el cobro de la deuda se podría ver frustrado o gravemente dificultado*.

Siguiendo las previsiones de la norma comunitaria, el artículo 19.1 de la Ley 27/2014 prevé un conjunto de supuestos determinantes de la extinción del pago fraccionado, que pueden agruparse en tres categorías:

- La transmisión de los elementos patrimoniales o su traslado a un Estado tercero.
- El traslado de la residencia fiscal a un Estado tercero.
- El incumplimiento del pago fraccionado o la concurrencia de circunstancias que pongan en riesgo su cumplimiento, tales como la liquidación, el concurso o cualquier procedimiento equivalente.

En la primera categoría, la extinción del pago fraccionado solo afecta a la parte del mismo relativa a los elementos patrimoniales transmitidos o trasladados. En las otras dos lo hace a la totalidad.

La transmisión de los elementos patrimoniales ha podido revelar una renta distinta a la calculada a efectos del pago fraccionado, incluso pérdidas. Esta circunstancia es irrelevante. La cantidad exigible será la pendiente de ingreso.

Ha de suponerse que el pago fraccionado, bajo las condiciones expuestas, cumple con la jurisprudencia del TJUE. Sin embargo, es evidente que no se da el mismo trato al traslado puramente interno que al traslado intracomunitario. El mismo trato hubiera exigido, cuando menos, diferir el pago del impuesto sobre la plusvalía latente hasta el momento de la transmisión del activo, activos o actividad a terceros o, tratándose de activos amortizables, fraccionarlo a lo largo de los ejercicios en los que se practique la amortización sobre el valor de mercado asignado por la jurisdicción fiscal de salida.

#### 2.1.4. Eliminación de la doble imposición

La tributación de salida provoca doble imposición cuando la jurisdicción fiscal de llegada no reconozca los valores asignados por la jurisdicción fiscal de salida. Se trata, bien se ve, de un supuesto de doble imposición totalmente análogo a aquel que se produce cuando una jurisdicción fiscal asigne un valor a una operación entre partes vinculadas que la otra jurisdicción fiscal concernida no acepte.

El artículo 5.5 de la Directiva (UE) 2016/1164 resuelve la cuestión, en el ámbito intracomunitario, imponiendo a la jurisdicción fiscal de llegada el valor asignado por la jurisdicción de salida, excepto si dicho valor no refleja el valor de mercado. En el mismo sentido se

pronuncia el artículo 19.1 de la Ley 27/2014, de manera tal que «el valor determinado por el Estado miembro de salida tendrá la consideración de valor fiscal en España, salvo que no refleje el valor de mercado».

En la exposición de motivos de la Directiva (UE) 2016/1164 se indica que las discrepancias de valoración podrán ser resueltas mediante los mecanismos existentes de resolución de litigios. Tras la aprobación de la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea, los contribuyentes afectados podrán acogerse a los procedimientos establecidos en la misma, los cuales pueden deparar un dictamen de la comisión consultiva o de la comisión de resolución alternativa de conflictos, que será vinculante para las autoridades fiscales competentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.2 de dicha norma comunitaria. El Real Decreto 399/2021, de 8 de junio, por el que se modifican el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, y otras normas tributarias, ha efectuado la transposición de la Directiva (UE) 2017/1852.

### 2.1.5. Efectos sobre el periodo impositivo

De acuerdo con lo previsto en el artículo 27.2 b) de la Ley 27/2014, el cambio de residencia al extranjero determina la extinción del periodo impositivo. Tal extinción se produce aun cuando los elementos patrimoniales quedaren afectos a un establecimiento permanente.

La extinción del periodo impositivo por causa del cambio de residencia al extranjero supone que, respecto del IS, aquel sea el último. Mas si resulta un establecimiento permanente, se abre la tributación por el IRNR.

Cuando no resulte un establecimiento permanente, parece lógico que en la base imponible correspondiente a este periodo impositivo surtan efecto todos los ajustes de carácter temporal practicados en periodos impositivos anteriores.

En el mismo sentido deberá entenderse incumplida la obligación de indisponibilidad de la *reserva de capitalización*, de manera tal que deberá realizarse la pertinente regularización, en los términos previstos en el artículo 25.4 en relación con el artículo 125.3. No obstante, parece lógico extender a la deuda tributaria correspondiente las previsiones que el artículo 19.1 contiene respecto del cambio de residencia intracomunitario.

### 2.1.6. La tributación de salida en el régimen fiscal de las fusiones y operaciones asimiladas

En el seno del régimen fiscal especial de las fusiones y operaciones asimiladas, regulado en el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, se hallan ciertas reglas emparentadas con la tributación de salida.

### 2.1.6.1. La desarmonía regulatoria

Como consecuencia de las operaciones de fusión y escisión, la jurisdicción fiscal española pierde el punto de conexión respecto de las rentas inherentes a los elementos patrimoniales transmitidos cuando la entidad adquirente no sea residente en territorio español y aquellos no queden afectos a un establecimiento permanente situado en dicho territorio. En tal caso, el régimen fiscal de diferimiento de las plusvalías latentes en aquellos elementos patrimoniales, establecido en el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, no será aplicable, siéndolo el previsto en los apartados 4 y 5 del artículo 17, de manera tal que dichas plusvalías, cuantificadas por la diferencia entre los valores de mercado y fiscal, serán gravables.

De acuerdo con el artículo 77, el régimen de diferimiento de las plusvalías latentes en los elementos patrimoniales transmitidos está condicionado, con dos excepciones, a que los mismos permanezcan afectos a un establecimiento permanente ubicado en territorio español. Puede apreciarse que la afectación de los elementos patrimoniales a un establecimiento permanente ubicado en territorio español es la llave que abre la puerta al diferimiento y, al tiempo, la que la cierra a la tributación de salida. Inversamente, la ausencia de tal afectación cierra el paso a la aplicación del régimen de diferimiento y desata la tributación de salida. En este sentido, el régimen fiscal de las fusiones y escisiones y la tributación de salida responden al mismo criterio. Sin embargo, el régimen fiscal de las fusiones y escisiones no contiene la especialidad intracomunitaria.

Como se ha visto, la tributación de salida está asistida de un régimen especial cuando la jurisdicción fiscal de destino de los elementos patrimoniales es la de un Estado miembro de la Unión Europea o del EEE. No sucede así cuando tal evento sea consecuencia de una operación de fusión o escisión total. En tal caso, la deuda tributaria inherente a la plusvalía latente no está asistida de un pago fraccionado. No existe, por tanto, en el régimen fiscal de las fusiones y escisiones, la especialidad intracomunitaria.

Ciertamente, en el tercer párrafo de las letras a) y d) del artículo 77.1 se establece un régimen específico para el caso intracomunitario, pero debe observarse que tal régimen se aplica exclusivamente respecto de las desafectaciones de elementos patrimoniales previamente afectados a un establecimiento permanente ubicado en territorio español, pero no al caso en el que no haya existido la configuración inicial de ese establecimiento permanente. Por otra parte, dicho régimen se estructura de manera distinta al concerniente a la tributación de salida del artículo 19.1.

En el mismo sentido, los artículos 80.4 y 81 establecen un régimen relativo a la tributación de las plusvalías diferidas con ocasión de un canje de valores o de una fusión o escisión, respectivamente, aplicable al caso en que el socio pierda la cualidad de residente en territorio español cuando la nueva residencia sea la de otro Estado miembro o del EEE. Este régimen consiste en el aplazamiento de la deuda tributaria inherente a tales plusvalías, con intereses y prestación de garantías, hasta el periodo impositivo en el que se produzca la transmisión de las acciones o participaciones.

Cabe apreciar, por tanto, una cierta desarmonía entre el régimen general de la tributación de salida y el régimen relativo a supuestos similares concerniente a las fusiones y escisiones en el plano intracomunitario.

### 2.1.6.2. El cambio de domicilio social intracomunitario

Transponiendo el capítulo V de la Directiva 2009/133/CE, el artículo 76.7 de la Ley 27/2014 declara aplicable el régimen especial del capítulo VII del título VII:

a las operaciones de cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, respecto de los bienes y derechos situados en territorio español que queden afectados con posterioridad a un establecimiento permanente situado en dicho territorio.

Este precepto es redundante, toda vez que, si los elementos patrimoniales quedan afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español, no habrá hecho imponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.1. No habiendo hecho imponible, huelga un régimen de diferimiento de las plusvalías latentes.

### 2.1.7. La tributación de salida en el impuesto sobre la renta de las personas físicas

Los artículos 14.3 y 95 bis) de la Ley 35/2006 regulan la tributación correspondiente al supuesto en que el contribuyente deje de serlo por cambiar su residencia al extranjero.

En virtud del primero, todas las rentas pendientes de imputación deberán integrarse en la base imponible correspondiente al último periodo impositivo. No obstante, cuando el traslado de residencia se produzca a otro Estado miembro de la Unión Europea, el contribuyente podrá optar por imputar las rentas pendientes a medida en que se vayan obteniendo, de acuerdo con lo previsto en las normas correspondientes de la Ley 35/2006, presentando las correspondientes declaraciones, de manera tal que dicho traslado no implica una alteración del régimen fiscal relativo a dichas rentas.

En virtud del segundo, se gravan las plusvalías latentes relativas a las acciones o participaciones significativas (4 millones de euros valor de mercado o 1 millón de euros valor de mercado y participación superior al 25 %), siempre que el contribuyente hubiera tenido tal condición durante, al menos, 10 de los 15 periodos impositivos anteriores al último periodo impositivo.

El apartado 6 del artículo 95 bis establece un régimen específico para el caso en que el cambio de residencia se produzca a otro Estado miembro de la Unión Europea o del EEE

con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, o régimen intracomunitario. A su tenor, la plusvalía latente no genera tributación alguna. Esta tributación solamente se producirá sobre la plusvalía realizada dentro del plazo de los 10 ejercicios siguientes al último, o bien, cuando el contribuyente pierda su condición de residente en algún Estado miembro de la Unión Europea o del EEE.

Puede apreciarse la sustancial diferencia que media entre los regímenes intracomunitarios de la tributación de salida existentes en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y en el IS. En efecto, en tanto que en el primero se difiere la tributación de la plusvalía latente hasta su realización, sin devengo de intereses, en el segundo tal plusvalía se liquida y exige mediante un sistema de pago fraccionado en cinco años con devengo de intereses.

## 2.2. Tributación de las instituciones de inversión colectiva

El artículo primero.dos de la Ley 11/2021 ha dado nueva redacción al artículo 29.4 a) de la Ley 27/2014, concerniente al tipo de gravamen de las sociedades de inversión de capital variable, reguladas por la Ley 35/2003.

### 2.2.1. Cómputo del número mínimo de accionistas

Ese tipo de gravamen continúa siendo el 1 %, a condición de que concurra, como mínimo, el número de accionistas previsto en el artículo 9.4 de la Ley 35/2003. Establece este precepto que «el número de accionistas de las sociedades de inversión no podrá ser inferior a 100».

Para computar el número de accionistas, la nueva redacción prevé que solamente se tomen en consideración aquellos que sean «titulares de acciones por importe igual o superior a 2.500 euros determinado de acuerdo con el valor liquidativo a la fecha de adquisición de las acciones».

El número de accionistas así determinado «deberá concurrir durante el número de días que represente al menos las tres cuartas partes del periodo impositivo».

Tratándose de sociedades de inversión colectiva por compartimentos, el artículo 6.4 del Reglamento de IIC establece que el número de accionistas por cada compartimento no podrá ser inferior a 20. Pues bien, para determinar la concurrencia de tal número «se computarán exclusivamente aquellos accionistas que sean titulares de acciones por importe igual o superior a 12.500 euros, determinado conforme a lo previsto en el párrafo anterior», guardándose así la proporción de 5 a 1 en la que se halla el número de accionistas por compartimento respecto del total.

Explica la exposición de motivos de la Ley 11/2021 que, con la regla precedente, se pretende salir al paso de una situación *habitual* consistente en que:



las SICAV concentren porcentajes muy elevados de su accionariado en una o varias personas mientras que el resto del accionariado se reparte entre socios o socias con participaciones económicamente insignificantes, lo cual desvirtúa el carácter colectivo que cabe predicar de las SICAV y que justifica la aplicación del tipo de gravamen reducido.

Desde luego, una sociedad de inversión colectiva en la que un reducido número de socios que poseen una participación relevante estén acompañados por un nutrido grupo de socios que poseen participaciones irrelevantes, hasta alcanzar el número de 100, se aleja de la imagen de la inversión colectiva. El legislador ha intentado cortar esta situación excluyendo a los socios con participaciones insignificantes.

Ahora bien, al así hacerlo, se da la paradoja de que quedarán excluidas del tipo de gravamen del 1 % las sociedades de inversión colectiva en las que concurra un gran número de socios con *participaciones económicamente insignificantes*.

Esta paradoja sugiere que el legislador no ha seguido el camino más idóneo en el tratamiento fiscal de la inversión colectiva. En efecto, hacer depender el tipo de gravamen respecto del número de accionistas se compecede mal con las exigencias del principio de capacidad económica, por cuanto el índice demostrativo de la misma es la renta.

Con todo, esa interpretación que lleva a la paradoja no debería prosperar, de manera tal que, considerando el espíritu y finalidad de la nueva norma, el caso descrito ameritaría la aplicación del tipo de gravamen del 1 %.

### 2.2.2. Comprobación administrativa del número de accionistas

El último párrafo de la nueva redacción del artículo 29.4 a) confiere a la Administración tributaria la competencia para comprobar «las reglas establecidas en los párrafos anteriores».

La competencia se limita a las reglas relativas al cómputo del número de accionistas que habilitan la aplicación del tipo de gravamen del 1 %, esto es, 100. Por aplicación de esas reglas, podrá acontecer que entidades aptas para ser consideradas como IIC en el sentido de la Ley 35/2003 deban tributar al tipo de gravamen general del IS. También deberán hacerlo, ciertamente, aquellas que sean revocadas o suspendidas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en los términos y procedimientos previstos en la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005. Esta norma debe entenderse en vigor, sin perjuicio de la competencia conferida a la Administración tributaria para comprobar la concurrencia de los 100 o más socios, en los términos previstos en la nueva redacción del artículo 29.4 a), pudiendo, consecuentemente, dictar regularizaciones sobre la base de tal precepto sin el concurso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

### 2.2.3. Entidades exceptuadas

Las reglas relativas a los accionistas computables no se aplican a las siguientes entidades:

- Las sociedades de inversión libre.
- Las sociedades cuyos accionistas sean exclusivamente otras IIC.
- Las sociedades de inversión de capital variable índice cotizadas.

Esta excepción ratifica, por vía indirecta, que las sociedades de inversión libre venían tributando al tipo de gravamen del 1 %. En efecto, carecería de sentido tal exclusión si estas entidades tributasen al tipo general de gravamen.

En una publicación anterior, el autor de estas líneas (Sanz Gadea, 2020) expuso sus dudas sobre el particular, por cuanto el artículo 6.5 del Reglamento de IIC establece que no tendrán que cumplir con el requisito de 100 o más accionistas ni el de 20 accionistas mínimo por compartimento *aquellas sociedades cuyos accionistas sean exclusivamente otras IIC reguladas en los artículos 54 y siguientes, ni aquellas sociedades de inversión libre reguladas en el artículo 73*, de manera tal que, siendo ese requisito el que fundamenta la aplicación del tipo de gravamen del 1 %, podría llegarse a la conclusión de que el tipo de gravamen aplicable a estas entidades sería el general.

Sin embargo, el artículo 73.1 c) del Reglamento de IIC establece que «las IIC de inversión libre tendrán como mínimo 25 accionistas o partícipes», de manera tal que también cabía la interpretación de que bastaba con llegar a ese número de accionistas para disfrutar del tipo de gravamen del 1 %. Pues bien, esta es la interpretación que ha venido a validar la Ley 11/2021 ya que, en efecto, la exclusión de las sociedades de inversión libres de las reglas específicas para determinar el número de socios implica, indirectamente, que a las mismas les es aplicable dicho tipo de gravamen.

Por tanto, el inciso final del artículo 29.4 a), a cuyo tenor el tipo de gravamen del 1 % será aplicable «siempre que el número de accionistas sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4» (refiriéndose a la Ley 35/2003, de IIC), esto es, 100, habrá de ser matizado en el sentido de que cabe que tal número sea distinto, de acuerdo con lo eventualmente establecido en una disposición reglamentaria.

Más allá de las inquietudes que, en relación con el principio de reserva de ley, pudiera suscitar la dependencia del tipo de gravamen de una norma reglamentaria, ya que el artículo 8 de la Ley general tributaria (LGT) establece que deberá regularse por ley «la fijación del tipo de gravamen», es lo cierto que la nueva redacción del artículo 29.4 a) ha venido, tal vez sin proponérselo por innecesario, a ratificar que las sociedades de inversión libre han venido tributando, y continuarán haciéndolo, al tipo de gravamen del 1 %, con tal que su número de socios sea, como mínimo, de 25.

Las sociedades de inversión libre se caracterizan, de acuerdo con lo previsto en los artículos 33 bis de la Ley 35/2003 y 73 del Reglamento de la Ley de IIC, entre otros rasgos, por los siguientes:

- No estar sujetas al cumplimiento de las previsiones de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM).
- Las acciones o participaciones de estas IIC deberán suscribirse o adquirirse mediante un desembolso mínimo inicial de 100.000 euros, excepto por lo que se refiere a los partícipes que tengan la condición de clientes profesionales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 73.1 a). Son clientes profesionales los descritos en el artículo 205 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
- Las actividades de comercialización deberán dirigirse exclusivamente a los clientes profesionales o a los inversores no profesionales que realicen un desembolso mínimo inicial de 100.000 euros y dejen constancia por escrito de que conocen los riesgos inherentes a la inversión.
- Tendrán, como mínimo, 25 accionistas o partícipes.
- Además de en los activos en los que pueden invertir las IIC con carácter general, pueden invertir en otros instrumentos financieros.

El artículo 1.1 de la Ley 35/2003 define las IIC como aquellas que:

tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos.

La nota de apelación al público es fundamental porque es la puerta que abre paso al carácter colectivo, para cuya protección, precisamente, se han establecido las reglas de cómputo de accionistas anteriormente comentadas. Ahora bien, el público de las sociedades de inversión libre está constreñido a los inversores profesionales y a los grandes inversores individuales. Precisamente por ello, no ha sido preciso establecer, respecto de ellas, unas reglas relativas al cómputo de accionistas al caso para, eventualmente, alcanzar la cifra de 25 accionistas.

La exclusión de las sociedades de inversión libre de la aplicación de las reglas relativas al cómputo de accionistas establecidas en la nueva redacción del artículo 29.4 a) tiene pleno sentido de técnica tributaria. Al tiempo, la nueva norma ha disipado toda duda, fundada o infundada, respecto de la aplicación del tipo de gravamen del 1 % a aquellas. De

esta manera, tras la modificación del artículo 29.4 a), la aplicación del tipo de gravamen de las sociedades de inversión colectiva queda como sigue:

- Sociedades de inversión colectiva reguladas por la Ley 35/2003, que se hallen sujetas a la Directiva 2009/65/CE, continuarán tributando al tipo de gravamen del 1 % con tal de que tengan 100 o más socios, para cuyo cómputo se establecen reglas específicas.
- Sociedades de inversión colectiva libres reguladas por la Ley 35/2003, las cuales, obsérvese bien, no se hallan sujetas a la Directiva 2009/65/CE, continuarán tributando al tipo de gravamen del 1 % con tal de que tengan 25 o más socios, que deben ser profesionales o grandes inversores, para cuyo cómputo no se establecen reglas específicas.

Es interesante observar que a las sociedades de inversión colectiva sujetas a la Directiva 2009/65/CE y, por tanto, a un riguroso régimen inversor y financiero, con vocación de colectividad plena, se les exige, al menos, 100 o más accionistas, rigurosamente computados, para disfrutar del tipo de gravamen del 1 %, en tanto que a las sociedades de inversión colectiva no sujetas a la Directiva 2009/65/CE y, por tanto, a un régimen inversor y financiero mucho más flexible, con vocación de colectividad selectiva, les baste con 25 accionistas que sean profesionales o grandes inversores sin atender a reglas rigurosas de cómputo.

#### 2.2.4. El privilegio fiscal de la inversión colectiva

En la exposición de motivos de la Ley 11/2021 se justifica la nueva redacción del artículo 29.4 a) afirmando que:

hasta ahora el número de accionistas requerido para la aplicación del tipo del 1 % es, con carácter general, de 100 socios o socias, sin exigirse a cada uno de ellos una inversión mínima. Esta situación ha propiciado que sea habitual que las SICAV concentren porcentajes muy elevados de su accionariado en una o varias personas mientras que el resto del accionariado se reparte entre socios o socias con participaciones económicamente insignificantes, lo cual desvirtúa el carácter colectivo que cabe predicar de las SICAV y que justifica la aplicación del tipo de gravamen reducido.

Sin embargo, la aplicación de un tipo de gravamen reducido no se justifica en el carácter colectivo de las sociedades de inversión colectiva, sino en el tratamiento igual de la inversión colectiva frente a la individual. Sin ese tipo reducido, se produciría una cuña fiscal, debido a la tributación ordinaria de la sociedad de inversión colectiva, que la haría totalmente inviable. Por tanto, ningún privilegio fiscal ha de verse en el tipo de gravamen del 1 %. La tributación colectiva no ha de recibir un tratamiento peor que la tributación individual y, por

ello, es pertinente que las sociedades de inversión colectiva, y otros vehículos de la inversión colectiva, tributen por un tipo de gravamen simbólico, cualquiera que fuere el número de sus socios, accionistas o partícipes. En este sentido, el fundamento de la nueva redacción del artículo 29.4 a) es débil, al tiempo que, posiblemente, contraproducente en el contexto de la libertad de movimiento de capitales.

Ahora bien, si es rechazable el trato discriminatorio de la inversión colectiva frente a la individual, también lo es la situación inversa. Pues bien, esta es la que, actualmente, se presenta, a causa de que el inversor individual deba tributar inmediatamente sobre los rendimientos de su inversión, en tanto que el inversor colectivo pueda remansarlos en la IIC y tributar cuando decida, si lo hace, rembolsar o transmitir la acción o participación.

Por tanto, una reforma que verdaderamente busque la equidad no debe apuntar hacia el vehículo, sino hacia el inversor, contrariamente a lo que ha hecho el legislador de la Ley 11/2021. Esa reforma, por otra parte, debe tener presente el contexto de la libertad de movimiento de capitales y, por tanto, alcanzar una doble igualdad, esto es, aquella de la inversión individual frente a la colectiva y aquella otra de la inversión colectiva interior frente a la exterior. En suma, se trataría de situar la tributación de la inversión colectiva, tanto interior como exterior, en cabeza del inversor, antes que en el vehículo. La técnica tributaria ofrece las medidas apropiadas al efecto, que el legislador de la Ley 11/2021 no ha tomado en consideración.

### 2.2.5. Disolución y liquidación de sociedades de inversión colectiva

El artículo uno.seis de la Ley 11/2021 ha añadido una nueva disposición transitoria cuatragésima primera a la Ley 27/2014 al efecto de establecer un régimen fiscal específico, relativo a la disolución y liquidación, respecto de aquellas sociedades de inversión de capital variable a las que haya resultado aplicable la redacción del artículo 29.4 a), *en vigor a 31 de diciembre de 2021*. A esa fecha, estaba en vigor la redacción precedente a la establecida por el artículo uno.dos de la Ley 11/2021, ya que, aunque la misma entró en vigor el día 11 de julio de 2021, su disposición final séptima e) establece que «los apartados dos y seis del artículo 1 tendrán efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2022».

El ámbito subjetivo de aplicación de esta norma admite dos interpretaciones. La primera, apunta a la totalidad de las sociedades de inversión de capital variable. La segunda, solamente a aquellas que, debido a la composición del grupo de accionistas, quedarían excluidas de la aplicación del tipo de gravamen del 1%. La literalidad de la norma parece adecuarse mejor a la primera interpretación, por más que el sentido último del régimen transitorio traiga causa de la pérdida de dicho tipo de gravamen.

Están expresamente excluidas del régimen transitorio las sociedades de inversión libre y las sociedades de inversión de capital índice cotizadas.

El acuerdo de disolución con liquidación deberá ser adoptado durante 2022, debiendo producirse la cancelación registral dentro de los seis meses siguientes, esto es, hasta el 30 de junio de 2023. Se trata de un plazo máximo, de manera tal que la cancelación podrá producirse antes.

A causa de la disolución con liquidación, se devengan un conjunto de impuestos, tanto directos como indirectos, que afectan a la sociedad y a sus socios.

La sociedad que se disuelve debe integrar en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los activos transmitidos a sus socios y su valor fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.4 y 5 de la Ley 27/2014. Esta renta, así determinada, tributará al tipo de gravamen del 1 % en cuanto se cumplan los requisitos previstos a tal efecto en el artículo 29.4 a) de la Ley 27/2014, en su redacción en vigor a 31 de diciembre de 2021.

Respecto de esta renta, la especialidad derivada del régimen transitorio consiste en la aplicación del tipo de gravamen del 1 %, cualquiera que sea la composición del grupo de accionistas.

Lo socios, por su parte, obtienen una renta calculada en la diferencia entre el valor de mercado de los elementos patrimoniales recibidos y el valor fiscal o de adquisición de las acciones anuladas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 17.8 de la Ley 27/2014 o 37.1 e) de la Ley 35/2006, según que se trate de personas jurídicas o físicas, respectivamente.

Esta renta está amparada por el régimen transitorio. En su virtud, no se integrará en la base imponible a condición de que el total importe de la cuota de liquidación se reinvierta «en la adquisición o suscripción de acciones o participaciones en alguna de las instituciones de inversión colectiva previstas en las letras a) o b) del apartado 4 del artículo 29». Estas entidades son las reguladas en la Ley 35/2003 a las que resulte de aplicación el tipo de gravamen del 1 %.

En tal caso, tales acciones o participaciones recibidas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las acciones de la sociedad liquidada.

La reinversión ha de ser total, esto es, por el importe de la cuota de liquidación correspondiente al accionista, si bien puede realizarse entre las acciones o participaciones emitidas por varias sociedades de inversión de capital variable o fondos de inversión de carácter financiero, todos ellos regulados por la Ley 35/2003. La reinversión parcial no es admisible a efectos del régimen transitorio.

La reinversión deberá realizarse dentro de los siete meses siguientes a la finalización del plazo establecido para adoptar el acuerdo de disolución con liquidación. Por tanto, el plazo concluye el 31 de julio de 2023.

Sobre la renta acogida al régimen transitorio no se practicarán pagos a cuenta de la imposición personal del socio.

El presupuesto para la aplicación del régimen transitorio es el acuerdo de disolución y liquidación adoptado por la sociedad de inversión de capital variable, pero corresponde a todos y cada uno de los accionistas acogerse al mismo. Así, es concebible que unos se acojan y otros no. Los que se acojan deberán así comunicarlo a la sociedad en liquidación, la cual transferirá los elementos patrimoniales integrantes de la cuota de liquidación a las sociedades o fondos en cuyas acciones o participaciones haya escogido el accionista realizar la reinversión.

Se notará que la reinversión ha de realizarse en acciones o participaciones de sociedades de capital variable o de fondos de inversión regulados por la Ley 35/2003. Por tanto, queda al margen del régimen transitorio la reinversión realizada en acciones o participaciones de sociedades de inversión de capital variable o fondos de inversión de carácter financiero extranjeros, aun cuando estuvieren acogidos a la Directiva 2009/65/CE, lo que podría suscitar inquietudes respecto de la libertad de movimiento de capitales o de prestación de servicios en el sentido del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ciertamente, el régimen de la reinversión del artículo 94 de la Ley 35/2006 ofrece una alternativa en los términos que en el mismo se prevén.

## 2.2.6. Disolución por fusión

La Ley 35/2003 autoriza la fusión de las IIC.

Los efectos prácticos de una fusión entre IIC acogidas al régimen especial del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014 son similares a los previstos en la nueva disposición transitoria cuadragésima primera de la Ley 27/2014. En efecto, la tributación de las plusvalías latentes en las acciones de los socios queda diferida.

Varias consultas de la Dirección General de Tributos (DGT) han versado sobre la absorción de una sociedad de inversión de capital variable española por una IIC constituida en Luxemburgo concluyendo que:

si el supuesto de hecho a que se refiere la consulta se realiza en el ámbito mercantil, al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y conforme a lo establecido en la Ley de IIC y en su reglamento de desarrollo, en relación con los fondos de inversión que intervienen en la fusión, y se cumple lo dispuesto en el artículo 76.1 de la LIS, dicha operación podría acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VII del título VII de la LIS en las condiciones y requisitos exigidos en el mismo (Consulta V0773/2015, de 10 marzo [NFC054277], entre otras).

Véase, por tanto, que parece existir un cauce para trasladar la posición de los socios de una sociedad de inversión de capital variable española a otra luxemburguesa sin coste fiscal.

No debería perderse de vista, sin embargo, la posible aplicación de la transparencia fiscal internacional.

## 2.3. Incentivos fiscales para la cinematografía y el audiovisual

El artículo uno.tres de la Ley 11/2021 da nueva redacción al artículo 36.2 de la Ley 27/2014 con un doble objeto. En primer lugar, dar cumplimiento a lo establecido en la Comunicación de la Comisión sobre ayudas estatales a las obras cinematográficas y audiovisuales, de 15 de noviembre de 2013, a cuyo efecto se exige el certificado emitido por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales o por el organismo competente de la comunidad autónoma que corresponda, acreditativo del carácter cultural de la producción. En segundo lugar, garantizar el impacto de la producción respecto del sector turístico, a cuyo efecto, en los títulos de crédito de la producción deberán incorporarse los lugares del rodaje, así como la autorización del uso del título de la obra en orden a la realización de actividades para la promoción turística o cultural a cargo de las administraciones públicas competentes. Estos requisitos, establecidos en las letras b') y c') del apartado 2 del artículo 36, no serán exigibles en el caso de producciones extranjeras de largometrajes cinematográficos y obras audiovisuales respecto de las que el contrato por el que se encarga la ejecución de la producción hubiera sido firmado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 11/2021, de acuerdo con lo previsto en la nueva disposición transitoria cuadragésima segunda incorporada por dicha ley.

Este incentivo fiscal es uno de los más potentes de los contenidos en la Ley 27/2014, habiendo sido ampliado o modificado en sucesivas ocasiones mediante la disposición adicional centésima vigésima quinta de la Ley 3/2017, el artículo 69 de la Ley 6/2018, el artículo 3 del Real Decreto-Ley 26/2018, la disposición final primera del Real Decreto-Ley 17/2020 y la disposición final quinta del Real Decreto-Ley 34/2020.

En el artículo 36.2 de la Ley 27/2014 se incentivan dos actividades; a saber: la producción extranjera de largometrajes cinematográficos o de obras audiovisuales que permitan la confección de un soporte físico previo a su producción industrial seriada, respecto de los gastos realizados en territorio español, y la producción de espectáculos en vivo de artes escénicas y musicales.

### 2.3.1. Producciones cinematográficas

Los elementos técnicos del incentivo son los siguientes:

- La base de la deducción estará constituida por los gastos, realizados en territorio español, correspondientes al personal creativo, a condición de que tenga residencia fiscal en España o en algún Estado miembro del EEE, con el límite de 100.000 euros



por persona y la totalidad de los gastos derivados de la utilización de industrias técnicas y otros proveedores. Los gastos realizados en territorio español deberán ser de, al menos, 1 millón, o 200.000 euros tratándose de producciones de animación.

- El importe de la deducción será del 30 % respecto del primer millón de base de la deducción y del 25 % sobre el exceso de dicho importe.
- El importe de la deducción está sujeta a dos límites. En valor absoluto, no podrá exceder de 10 millones de euros por cada producción. En términos porcentuales, conjuntamente con otras ayudas, no podrá superar el 50 % del coste de la producción.

No obstante, en el caso en que el productor se encargue de la ejecución de servicios de efectos visuales y los gastos realizados en territorio español sean inferiores a 1 millón de euros, el importe de la deducción será del 30 %.

La cuantía de esta deducción no podrá superar el importe que establece el Reglamento (UE) 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis*.

### 2.3.2. Producción y exhibición de espectáculos en vivo, de artes escénicas y musicales

Los elementos técnicos del incentivo fiscal son los siguientes:

- La base de la deducción son los costes directos de carácter artístico, técnico y promocional afectos a la producción audiovisual.
- El importe de la deducción es del 20 % de la base de deducción.
- El importe de la deducción está sujeta al límite absoluto de 500.000 euros por contribuyente.

## 2.4. Transparencia fiscal internacional

El artículo uno.cuatro de la Ley 11/2021 ha dado nueva redacción al artículo 100 de la Ley 27/2014 al efecto de incorporar las previsiones de la Directiva 2016/1164. Las novedades son las siguientes:

- Inclusión del establecimiento permanente.
- Tipificación de las rentas de las actividades de arrendamiento financiero, seguros, crediticias y financieras.

- Tipificación de las rentas de operaciones vinculadas de escaso valor añadido.
- Supresión del refugio para dividendos y plusvalías de participaciones significativas.
- Elevación a 2/3 de la proporción de operaciones con terceros determinantes de la exclusión de la imputación en operaciones vinculadas.
- Supresión de la acreditación de motivos económicos válidos en relación con la inaplicación en el ámbito de la Unión Europea.

### 2.4.1. Inclusión del establecimiento permanente

El último párrafo del nuevo artículo 100.1 de la Ley 27/2014 extiende la imputación en el régimen de transparencia fiscal internacional a las rentas tipificadas que «sean obtenidas a través de un establecimiento permanente».

Habida cuenta de la configuración del establecimiento permanente como un *lugar fijo de negocios*, en el sentido del artículo 5 del modelo de convenio de la OCDE, lo habitual será que el establecimiento permanente obtenga rentas derivadas de la realización de actividades económicas, las cuales, generalmente, no están comprendidas entre las tipificadas como imputables.

Si las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente tributan plenamente, no ha lugar la imputación de rentas en régimen de transparencia fiscal internacional. Esta imputación cobra sentido cuando tales rentas disfrutaran de exención. En tal caso, la exención del artículo 22 de la Ley 27/2014 cede ante la transparencia fiscal internacional.

Cuando, entre las rentas obtenidas a través del establecimiento permanente figuren alguna o algunas de las tipificadas como susceptibles de imputación, la renta del establecimiento permanente se divide en dos partes; a saber: la exenta y la imputable, en el bien entendido que la exención está supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 22 de la Ley 27/2014.

La renta imputable se integrará plenamente en la base imponible y el impuesto extranjero que haya podido recaer sobre la misma será deducible de la cuota íntegra. La parte de renta restante no se integrará en la base imponible y el impuesto extranjero no será deducible.

La imputación se realizará en el periodo impositivo en el que se obtengan las rentas a través del establecimiento permanente, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 100.7 de la Ley 27/2014.

Puede apreciarse que el efecto práctico de la inclusión del establecimiento permanente en el régimen de la transparencia fiscal internacional es el propio del método de imputación para eliminar la doble imposición, esto es, la renta tributa en sede de la casa central con deducción del impuesto extranjero.

Por tal razón, se plantea la duda relativa a la aplicación de la transparencia fiscal internacional cuando mediere un convenio bilateral para eliminar la doble imposición internacional que establezca el método de exención. En este sentido, cabe recordar que los comentarios al modelo de convenio de la OCDE, admitiendo con carácter general la aplicación de la transparencia fiscal internacional, matizan para el caso en que medie un convenio bilateral con el método de exención. Así, en el apartado 38 de los comentarios al artículo 10 se dice que:

bajo la transparencia fiscal internacional el importe gravable es tratado como un dividendo con el resultado de que una exención establecida por el convenio como, por ejemplo, la exención-participación, es también aplicable a ella. Es dudoso si el convenio obliga a tal exención. Si el país de residencia considera que no es así, podría enfrentarse con la alegación de que gravando el dividendo anticipadamente está obstruyendo la aplicación de la exención-participación.

Es claro que estos comentarios pueden ser igualmente predicados respecto de las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente en régimen de exención.

#### 2.4.2. Actividades crediticias y aseguradoras

El artículo 100.3 g) de la Ley 27/2014 establece la imputación de las rentas derivadas de «actividades de seguros, crediticias, operaciones de arrendamiento financiero y otras actividades financieras salvo que se trate de rentas obtenidas en el ejercicio de actividades económicas, sin perjuicio de lo establecido en la letra i)».

Este precepto transpone el artículo 7.2 a) iv) y v) de la Directiva (UE) 2016/1164, el cual, sin embargo, no exceptúa el caso de la realización de actividades económicas. No obstante, tal excepción halla amparo en la cláusula general de exclusión de las actividades económicas prevista en el penúltimo párrafo del artículo 7.2 a) de la Directiva (UE) 2016/1164, a cuyo tenor, la imputación de renta «no será de aplicación cuando la sociedad extranjera controlada lleve a cabo una actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones, de lo que darán fe los hechos y circunstancias pertinentes».

En virtud de la excepción de la realización de actividades económicas, las entidades de crédito o aseguradoras españolas no tributarán en régimen de transparencia fiscal internacional respecto de las rentas obtenidas por sus filiales extranjeras constituidas como entidades de crédito o aseguradoras al amparo de la legislación del país o territorio correspondiente cuando cuenten para realizar su función con los correspondientes medios humanos y materiales. Y lo propio cabe decir cuando las actividades se realicen por medio de establecimiento permanente.

No obstante, cuando las referidas rentas hubieren generado gastos fiscalmente deducibles en sede de entidades vinculadas residentes en territorio español, serán imputables en los términos previstos en el artículo 100.3 i) de la Ley 27/2014.

### 2.4.3. Actividades de escaso valor añadido

El artículo 100.3 h) de la Ley 27/2014 tipifica como renta imputable la derivada de «operaciones sobre bienes y servicios realizados con personas o entidades vinculadas en el sentido del artículo 18 de esta ley, en las que la entidad no residente o establecimiento añade un valor económico escaso o nulo».

Este precepto transpone el artículo 7.2 a) vi) de la Directiva (UE) 2016/1164.

Las operaciones por las que la entidad no residente obtenga rentas podrán haberse realizado frente a la entidad residente participante o con cualesquiera otras con las que se halle vinculada en el sentido del artículo 18 de la Ley 27/2014.

La renta tipificada se caracteriza por la concurrencia de dos notas:

- Deriva de una operación vinculada.
- La actividad realizada por la entidad no residente, o el establecimiento permanente, en orden a su obtención es irrelevante, en el sentido de que añade un valor escaso o nulo.

La primera nota es totalmente objetiva, en tanto que la segunda descansa en un concepto jurídico indeterminado.

Para concretar su presencia habrá de ponerse en relación la organización de medios humanos y materiales de los que dispone la entidad no residente o el establecimiento permanente con la contextura de la operación, de manera tal que, si no es concebible la realización de esta con el concurso de aquellos, la renta será imputable.

Se notará la proximidad del supuesto de adición de *valor económico escaso o nulo* con el de la entidad carente de la *organización de medios materiales y personales*.

El artículo 100.2 de la ley 27/2014 ordena la imputación de «la renta total obtenida por la entidad no residente en territorio español o el establecimiento permanente, cuando estos no dispongan de la correspondiente organización de medios materiales y personales para su obtención incluso si las operaciones tienen carácter recurrente».

La desproporción existente entre la organización de medios humanos y materiales y la contextura de las operaciones o actividades a través de las que se obtiene la renta es común a los apartados 2 y 3 h) del artículo 100 de la Ley 27/2014. Podría, en consecuencia, producirse un supuesto de concurrencia de tales preceptos que ha de resolverse a favor del contenido en el apartado 2, en cuanto resulte de aplicación, pero no así cuando no lo sea, por cuanto las operaciones se realicen con el concurso de los medios humanos

y materiales pertenecientes a otra entidad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio o bien quepa apreciar que la constitución y operativa de la entidad no residente afectada responda a motivos económicos válidos.

Por tanto, una renta derivada de una operación vinculada en la que la entidad no residente realice una escasa aportación por no disponer de los medios humanos y materiales suficientes será imputable con base en lo previsto en el artículo 100.3 h) aun cuando los medios en cuestión hubieren sido los de otra entidad no residente perteneciente al mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

#### 2.4.4. Dividendos y plusvalías de cartera

La nueva redacción del artículo 100 de la Ley 27/2014 ha suprimido el refugio establecido por el antiguo apartado 4, relativo a los dividendos y plusvalías de participaciones significativas. En su virtud, no eran imputables tales rentas cuando derivaban de participaciones iguales o superiores al 5 %, mantenidas durante un plazo mínimo de un año y gestionadas mediante la correspondiente organización de medios humanos y materiales.

Se justificaba este refugio en que esos dividendos y plusvalías de cartera vendrían a participar de la naturaleza empresarial de las rentas de las que procedían o reflejaban, respectivamente. En efecto, la transparencia fiscal internacional, tradicionalmente, se ha detenido ante las rentas empresariales.

Sin embargo, comoquiera que la Directiva (UE) 2016/1164 no contiene tal refugio, la nueva redacción del artículo 100 lo ha suprimido. En consecuencia, tales dividendos y plusvalías de cartera deberán imputarse. No obstante, en cuanto reunieren los requisitos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014, podrán acogerse a la exención prevista en la misma, de manera tal que solamente el 5 % de su importe se integrará en la base imponible.

La supresión del referido refugio determina la inclusión en el régimen de la transparencia fiscal internacional de las rentas de las denominadas entidades *holding*, hasta el momento excluidas por virtud de lo previsto en el antiguo artículo 100.4 de la Ley 27/2014, lo cual, en resumidas cuentas, viene a significar una tributación del 1,25 % de los ingresos por dividendos y plusvalías de cartera.

#### 2.4.5. Exclusión de la imputación por operaciones con terceros

La nueva redacción del segundo párrafo del artículo 100.3 i) de la Ley 27/2014 ha fijado el umbral de operaciones con terceros, excluyente de la imputación, en 2/3, frente al 1/2 de la redacción precedente. En su virtud, la renta tipificada en dicha letra, esto es, la

derivada de actividades crediticias, financieras, aseguradoras o de prestación de servicios, no se imputará cuando al menos dos tercios de los ingresos derivados de las mismas procedan de operaciones efectuadas con personas o entidades no vinculadas en el sentido del artículo 18 de la Ley 27/2014.

La renta tipificada en el artículo 100.3 i) no lo está en la Directiva (UE) 2016/1164, pero ello no es óbice a su tributación en régimen de transparencia fiscal internacional, habida cuenta de que la norma comunitaria procura una protección mínima.

El establecimiento del ratio excluyente de la imputación en 2/3 está inspirado, pero no obligado, en el refugio de mínimos previsto, con carácter general, en el segundo párrafo del artículo 7.3 de la Directiva (UE) 2016/1164, a cuyo tenor:

El Estado miembro podrá optar por no considerar una entidad o establecimiento permanente como sociedad extranjera controlada según lo previsto en el apartado 1 si un tercio o menos de las rentas de la entidad o establecimiento permanente pertenecen a alguna de las categorías previstas en el apartado 2, letra a).

#### 2.4.6. Exclusión relativa a la Unión Europea

La cláusula de exclusión de la imputación de las rentas de entidades o establecimientos permanentes residentes o ubicados, respectivamente, en un Estado miembro de la Unión Europea o del EEE, contenida en el artículo 100.15 de la Ley 27/2014, reproduce la redacción precedente, si bien ha suprimido el requisito de acreditación de la concurrencia de motivos económicos válidos.

Tal supresión se debe a que el penúltimo párrafo del artículo 7.2 a) de la Directiva (UE) 2016/1164, concerniente a la exclusión de las entidades residentes en algún Estado miembro o que forme parte del Acuerdo del EEE, no contempla tal requisito. En efecto, la norma comunitaria de exclusión descansa exclusivamente sobre la realización de «una actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones, de lo que darán fe los hechos y circunstancias pertinentes», sin hacer mención a los motivos económicos válidos.

La nueva redacción del artículo 100.15 excluye la imputación de las rentas obtenidas por una entidad residente en el ámbito geográfico mencionado «siempre que el contribuyente acredite que realiza actividades económicas».

Se notará que, a diferencia de la norma comunitaria, el artículo 100.15 no enfatiza la característica de *importancia*, tal vez porque se haya querido evitar la indeterminación de la misma o porque se haya estimado que dificultaría el entendimiento del precepto puesto en relación con el artículo 5.1 de la Ley 27/2014.

La causa de exclusión del artículo 100.15 de la Ley 27/2014 está llamada a tener un gran protagonismo respecto de un reducido, pero selecto número de contribuyentes. En particular, cabe citar las entidades *holding*, las tenedoras de patentes y las IIC.

#### 2.4.6.1. El concepto de actividad económica

El artículo 5.1 de la Ley 27/2014 establece que «se entenderá por actividad económica la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios».

La *ordenación por cuenta propia* del factor trabajo y del factor capital implica la asunción del riesgo empresarial. La ordenación por cuenta ajena de esos factores situaría la realización de la actividad económica en cabeza del ordenante, pero la entidad ordenada también realizaría una actividad económica consistente, precisamente, en prestar el servicio de la ordenación de los factores de la producción por cuenta de un tercero.

La *finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios* implica que la actividad ha de realizarse con vistas a la obtención de una remuneración asociada a los bienes producidos o a los servicios prestados. Por tanto, la mera tenencia de bienes no determina la realización de una actividad económica.

La tenencia de suelo con finalidad puramente especulativa no determinaría la existencia de actividad económica, pero la urbanización del suelo sí la determinaría. La tenencia de un activo financiero tampoco la determinaría, pero ese activo financiero puede ser la consecuencia de una actividad económica crediticia. La tenencia de instrumentos de patrimonio tampoco la determinaría, pero también puede ser la consecuencia de una actividad económica de intermediación en los mercados de capitales.

Esa distribución de bienes y servicios, generalmente, se realizará frente a terceros, esto es, para el mercado, pero también puede hacerse exclusivamente frente a entidades vinculadas.

El apartado 2 del artículo 5 define la *entidad patrimonial* como «aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto, en los términos del apartado anterior, a una actividad económica». Este apartado no define lo que deba entenderse por actividad económica, si bien indica que la entidad patrimonial «no realiza una actividad económica». Sin embargo, de ahí no se sigue que cualquier actividad realizada por una entidad que no deba ser calificada como patrimonial tenga la condición de actividad económica. Así, la mera tenencia de activos de cualquier naturaleza realizada por una entidad no patrimonial no podrá ser calificada como actividad económica. En suma, la entidad patrimonial, por definición, no realiza actividades económicas, pero la entidad no patrimonial puede realizar actividades que no deban ser calificadas como económicas.

#### 2.4.6.2. Las entidades *holding*

Ese es el caso de la entidad *holding*. En efecto, una entidad *holding* no tendrá la condición de entidad patrimonial por cuanto los valores que posea no se considerarán a los efectos de determinar la composición de su activo, ya que normalmente incidirán en el supuesto previsto en la letra d) del artículo 5.2. Sin embargo, de ahí no se sigue que la entidad *holding* realice actividades económicas.

En efecto, la tenencia, gestión y dirección de participaciones significativas no implica la producción o distribución de bienes. Sin embargo, la gestión y dirección aludida constituye una prestación de servicios, en ocasiones acrecentada por una organización que suministra servicios legales, financieros y fiscales a las sociedades participadas. En tal caso, la entidad *holding* sí realiza actividades económicas.

Ahora bien, los dividendos y plusvalías de cartera que pudiera percibir no son la remuneración de tales actividades económicas. Esos servicios tendrán una remuneración específica que, a efectos fiscales, se cuantificará por el valor de mercado de los servicios prestados.

Así pues, en la entidad *holding* han de distinguirse dos realidades distintas. De una parte, la mera tenencia de las participaciones significativas con la consecuente gestión y dirección de las mismas, y de otra, eventualmente, la prestación de servicios a las entidades participadas. La segunda es una actividad económica, la primera no, por más que la entidad *holding*, normalmente, no se calificara como sociedad patrimonial.

La Consulta de la DGT V0045/2017, de 13 de enero (NFC063601) afirma que:

La entidad consultante pretende iniciar una actividad consistente en la mera gestión y administración de sus participaciones, sin perjuicio de que para realizar sus inversiones pueda captar fondos de terceras personas. En tal caso, la entidad no estaría realizando una actividad para intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Por tanto, contara o no con medios para el desarrollo de dicha actividad de gestión y administración de sus participaciones, no se podría considerar que la entidad consultante desarrolle una actividad económica en los términos del artículo 5.1 de la LIS.

En similar sentido las Consultas 2714/1997, de 29 de diciembre, y 1014/1998, de 10 de junio. Así pues, la mera gestión y dirección de participaciones no constituye actividad económica. Sin embargo, la prestación de servicios a las entidades participadas sí ha de calificarse como actividad económica.

En la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), se dice que:



El mero hecho de que una entidad tenga participaciones, aunque sean de control, en una empresa que ofrece bienes o servicios en un mercado no significa que dicha entidad deba ser considerada automáticamente una empresa a efectos del artículo 107, apartado 1, del tratado. (apartado 16, párrafo primero)

Cuando dicha circunstancia solo implique el ejercicio de los derechos vinculados a la condición de accionista, así como, en su caso, la percepción de dividendos, que no son más que los frutos que produce la propiedad de un bien, dicha entidad no será considerada una empresa si por sí misma no ofrece bienes o servicios en un mercado. (apartado 16, párrafo segundo)

Lo relevante del texto precedente es que considera a los dividendos como fruto de la posesión de un instrumento financiero, aunque la participación de la que proceden sea de control. Fruto de una posesión, no de la realización de una actividad económica.

El artículo 7, apartado 10, de la convención multilateral establece que, a los efectos de la disposición simplificada sobre la limitación de los beneficios, el ejercicio activo de la actividad económica no incluye la «tenencia de valores» ni la «supervisión general o servicios de gestión de un grupo societario».

Sin embargo, a efectos del impuesto sobre el valor añadido (IVA), el TJUE ha dado un mayor valor a la supervisión o control. Así, en *Cassa di Risparmio di Firenze* (Sentencia de 10 de enero de 2006, asunto C-222/04 [NFJ028807]) dijo que:

Es necesario subrayar que la mera tenencia de participaciones, aunque sean de control, no basta para caracterizar una actividad económica de la entidad que las posee cuando dicha circunstancia solo implique el ejercicio de los derechos vinculados a la condición de accionista o socio, así como, en su caso, la percepción de dividendos, que no son más que los frutos que produce la propiedad de un bien. En cambio, debe estimarse que una entidad que posee el control de una sociedad y ejerce efectivamente dicho control interviniendo directa o indirectamente en la gestión de esta última, participa en la actividad económica desarrollada por la empresa controlada.

Este texto puede llevar a entender que el control y la gestión de las entidades participadas determinan la realización de una actividad económica, pero también que la única actividad económica es la desarrollada por las entidades controladas y que, en la misma, participa la entidad *holding*. Esta segunda interpretación es la que enlaza mejor con los criterios que se desprenden de los textos precedentes.

Así pues, en la realidad de los grupos de empresas nos podemos encontrar con una entidad *holding* residente en algún Estado miembro o del EEE que realice la función de tenencia y gestión y dirección de la participación y que preste diversos servicios a las entidades participadas. En tal caso, la cuestión que se plantea es si el artículo 100.15 de

la Ley 27/2014 impide la imputación de los dividendos y plusvalías de cartera que pudiera obtener.

Tal entidad no tendrá la condición de entidad patrimonial, por cuanto sus participaciones tendrán el carácter de significativas en el sentido del artículo 5.1 c) de la Ley 27/2014, pero de ahí no se sigue, como ha quedado expuesto, que todas las actividades que realice deban ser calificadas como económicas. Esa entidad *holding* realiza dos actividades; a saber: la de mera tenencia, gestión y dirección de participaciones significativas, de la que se derivan frutos financieros (dividendos y plusvalías de cartera), y la de prestación de servicios a las entidades participadas, de la que se derivan ingresos. La primera no tendrá la condición de actividad económica, la segunda sí, según los términos del artículo 5.1 de la Ley 27/2014.

Puesto que el artículo 100.15 de la Ley 27/2014 no contiene una definición de actividad económica, habrá de estarse a la prevista en el artículo 5.1 de la misma. En consecuencia, la entidad *holding* realiza dos actividades, una sola de las cuales puede ser calificada como actividad económica. Bajo la premisa precedente, lo que se trata es de interpretar si la realización de la actividad económica ampara la no imputación de los dividendos y plusvalías de cartera. La respuesta más acertada parece ser la negativa, por cuanto tales rentas no derivan de una actividad económica.

Una interpretación literal del artículo 100.15 podría llevar a la conclusión de que cualquier actividad económica que realizase la entidad controlada podría fundamentar la no imputación de cualquier tipo de renta obtenida por la misma. Bien se comprende que esta interpretación llevaría al absurdo de que una pequeña actividad económica obturase la imputación de cuantiosas rentas.

La interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la norma es predicar la actividad económica respecto de todas y cada una de las rentas tipificadas como susceptibles de imputación. Es cierto que alguna de esas rentas, sea por su naturaleza o por la forma en la que están tipificadas, no pueden, sustantivamente, proceder de actividades económicas, lo que podría avalar la interpretación que se ha reputado incorrecta, pero también lo es que hay otras que sí pueden obtenerse mediante el ejercicio de actividades económicas. Estas rentas serían las afectadas por el impedimento de imputación del artículo 100.15 de la Ley 27/2014.

Con anterioridad a la Ley 11/2020, la cual introdujo el cómputo de un gasto estimado del 5% a los efectos del cálculo de la exención prevista en el artículo 21 de la Ley 21/2014, la supresión del antiguo artículo 100.4 de la Ley 27/2014 hubiera carecido de efectos prácticos, por cuanto la renta imputable disfrutaba de la misma. Tras la citada modificación normativa, la renta imputable continúa disfrutando de la exención, pero en la determinación de su importe ha de computarse el gasto estimado del 5%, lo que implica la integración en la base imponible del 5% del dividendo o la plusvalía de cartera, imputados vía transparencia fiscal internacional.

### 2.4.6.3. Instituciones de inversión colectiva

El artículo 100.15 de la Ley 27/2014 también exceptúa la imputación de las rentas de las IIC acogidas a la Directiva 2009/65/CE.

El artículo 3 de la Directiva 2009/65/CE excluye de su ámbito de aplicación un conjunto de IIC, básicamente las de tipo cerrado, las que no apelan al público de la Unión Europea y, en fin, las que sigan una política libre de inversión y endeudamiento. La legislación de cada Estado miembro identifica a aquellas IIC que cumplan con la Directiva 2009/65/CE.

Los socios o partícipes de aquellas que no cumplan con la Directiva 2009/65/CE, generalmente conocidas como alternativas según la terminología de la Directiva 2011/61/UE, que regula las entidades gestoras de las mismas, podrán estar sujetos a imputación en régimen de transparencia fiscal internacional bajo el cumplimiento de los requisitos de control y tributación privilegiada previstos en el artículo 100.1 de la Ley 27/2014. Se notará que la sujeción de las entidades gestoras IIC alternativas a la Directiva 2011/61/UE es irrelevante a los efectos de lo previsto en el artículo 100.15 de la Ley 27/2014.

En España, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del Reglamento de IIC, «se considerarán sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV no armonizadas y fondos de inversión de carácter financiero o FI no armonizados aquellos que se acojan a las excepciones previstas en el artículo 72». Entre ellas, están las IIC libre. Habida cuenta de que esta norma trae su causa de la normativa comunitaria sobre la materia, habrá de entenderse que las IIC libre constituidas en un Estado miembro no estarán acogidas a la Directiva 2009/65/CE.

Los socios de estas IIC libre españolas no están sujetos a un régimen de transparencia y, por otra parte, como se ha comentado anteriormente, aquellas tributan al tipo de gravamen del 1 %, en cuanto cumplan los requisitos establecidos al efecto, también comentados, esto es, mínimo de 25 socios que sean profesionales o grandes inversores. Se dibuja así una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto la transparencia fiscal internacional determina una tributación más gravosa para la inversión colectiva exterior respecto de la interior.

Para salvar la presencia de la restricción habría que excluir de la transparencia fiscal internacional a los socios de las IIC libres constituidas en algún Estado miembro de la Unión Europea, pero el artículo 100.15 no contempla tal exclusión. ¿Cómo romper el dilema? Obviamente, esa restricción no se presentaría si las IIC libre tributasen al tipo general de gravamen, pero esto no es así. El dilema también se rompe si la IIC libre extranjera no es comparable a la IIC libre española. La comparación es de resultado incierto, habida cuenta de que la regulación de las sociedades de inversión colectiva libre carece de la precisión que puede hallarse en la de las sujetas a la Directiva 2009/65/CE.

Con todo, el problema solo se presentará en la práctica cuando concurra el requisito de control en los términos del artículo 100.1 a), lo cual, presumiblemente, no acaecerá en la

práctica, por cuanto podrá ser evitado, llegado el caso, mediante la ordenada orientación de los procesos de inversión.

## 2.5. Índice de entidades

El artículo uno.cinco de la Ley 11/2021 ha dado nueva redacción al artículo 119.1 de la Ley 27/2014, relativo a los supuestos determinantes de la baja en el índice de entidades, al objeto de predicar la condición de fallido respecto de la entidad deudora en lugar de hacerlo respecto a las deudas tributarias debidas. Se trata de una mejora técnica.

## 2.6. La jurisdicción fiscal no cooperativa

El artículo decimosexto.uno de la Ley 11/2021 ha dado nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley 36/2006 al objeto de regular la jurisdicción no cooperativa, figura que viene a reemplazar a las de paraísos fiscales, países o territorios con los que no exista efectivo intercambio de información, o de nula o baja tributación, la cuales se hallan recogidas en numerosas disposiciones fiscales, entre ellas, en la Ley 27/2014, y de ahí el interés de la materia respecto del IS. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo decimosexto.dos de la Ley 11/2021 ha incorporado una nueva disposición adicional décima a la Ley 36/2006, a cuyo tenor, las referencias efectuadas en cualesquiera normas fiscales a tales figuras se entenderán efectuadas a la definición de jurisdicción no cooperativa.

La nueva redacción de la disposición adicional primera no establece el concepto de jurisdicción no cooperativa, limitándose a definir los elementos a los que deberá ajustarse una disposición reglamentaria, con el rango de orden ministerial, en la que deberán identificarse «los países y territorios, así como los regímenes fiscales perjudiciales». Por tanto, a diferencia de la lista contenida en el Real Decreto 1080/1991, la futura lista podrá referirse no solo a países o territorios, sino a determinados regímenes fiscales existentes en ciertas jurisdicciones fiscales.

Los elementos o criterios por los que debe guiarse la identificación de la jurisdicción no cooperativa son tres; a saber: el grado de transparencia fiscal, la existencia de regímenes fiscales perjudiciales y la existencia de baja o nula tributación.

### 2.6.1. La transparencia fiscal

De acuerdo con lo previsto en la letra a) del apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, la transparencia fiscal, como criterio para considerar a una jurisdicción fiscal como no cooperativa, deberá apreciarse considerando la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- La existencia de normativa sobre asistencia mutua en materia de intercambio de información, en los términos previstos en la LGT. El capítulo VI del título III de la LGT, incorporado por el Real Decreto-Ley 20/2011, bajo el título de «Asistencia mutua», regula las actuaciones administrativas relativas a tal intercambio, cuyo fundamento reside en un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales. Estos son los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, los acuerdos de intercambio de información relativos al Modelo de acuerdo de intercambio de información en materia fiscal de la OCDE, el Convenio multilateral de asistencia mutua OCDE/Consejo de Europa, el Acuerdo FACTA con los Estados Unidos, el Acuerdo multilateral entre autoridades competentes de Berlín y, en fin, la Directiva 2011/16/CE.
- El cumplimiento de un efectivo intercambio de información tributaria con España. Se entiende por efectivo intercambio de información, «la aplicación de la normativa sobre asistencia mutua en materia de intercambio de información tributaria atendiendo a los términos de referencia aprobados por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales».
- El resultado de las evaluaciones «inter partes» realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales de la OCDE. La OCDE ha producido dos estándares internacionales relativos al intercambio de información; a saber: el intercambio de información a petición (*Exchange of Information on Request* [EOIR]) y el intercambio automático de información de cuentas financieras (*Automatic Exchange of financial information* [AEOI]).
- Desde que en 2009 el G20 declaró la extinción del secreto bancario, el denominado Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Fiscal ha venido realizando una importante función en materia de transparencia e intercambio de información. En este contexto se inserta la técnica del proceso de revisión entre iguales (*peer review process*) respecto del cumplimiento de los compromisos derivados de los referidos estándares internacionales, rindiendo puntual cuenta al G20.
- El efectivo intercambio de información, relativa al titular real, en los términos de la normativa sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. La Ley 10/2010 establece la obligación de identificación del titular real de activos a cargo de un conjunto de personas o entidades por razón de su relación profesional o de negocios. En este sentido, el artículo 4 de dicha ley establece los criterios definitorios de la titularidad real, así como los elementos básicos de la obligación de identificación del titular real.

En función de los criterios precedentes, puede identificarse una jurisdicción fiscal como no cooperativa y, por consiguiente, ser incluida en la lista que será aprobada mediante orden ministerial.

## 2.6.2. Regímenes fiscales perjudiciales

De acuerdo con lo previsto en la letra b) del apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, podrá ser considerada jurisdicción fiscal no cooperativa aquella que facilite la celebración o existencia de «instrumentos o de sociedades extraterritoriales, dirigidos a la atracción de beneficios que no reflejen una actividad económica real en dichos países o territorios».

Siguiendo lo anunciado en la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 18 de mayo de 2021 –COM(2021) 251 final–, titulada «Tributación de las empresas para el siglo XXI», la Comisión de la Unión Europea ha presentado, con fecha de 22 de diciembre de 2021, una propuesta de directiva para neutralizar el uso indebido de las sociedades instrumentales con fines fiscales –COM(2021) 565 final 2021/0434 (CNS)–. Existe un indudable parentesco entre las sociedades extraterritoriales y las entidades a las que se refiere la propuesta de directiva.

Las *sociedades extraterritoriales* se caracterizan por la concurrencia de dos notas; a saber: no realizan una actividad económica que presente un nexo con la jurisdicción fiscal en la que se hallan constituidas y están acogidas a un régimen fiscal particularmente beneficioso diseñado para propiciar las operaciones de desviación de beneficios por motivos fiscales.

Consecuentemente, la jurisdicción fiscal que tenga establecido tal régimen fiscal podrá ser calificada como no cooperativa, si bien parece razonable que los efectos de tal calificación se constriñan a las operaciones realizadas con las sociedades extraterritoriales.

## 2.6.3. Baja o nula tributación

De acuerdo con lo previsto en la letra c) del apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, la jurisdicción no cooperativa puede identificarse por la existencia de regímenes fiscales determinantes de nula o baja tributación.

La baja tributación consiste en «un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al exigido en España en un impuesto idéntico o análogo al IRPF, al IS o al IRNR», en tanto que la nula tributación acaece cuando «no se aplique un impuesto idéntico o análogo al IRPF, al IS o al IRNR, según corresponda». A estos efectos:

tendrán la consideración de impuesto idéntico o análogo los tributos que tengan como finalidad la imposición de la renta, siquiera parcialmente, con independencia de que el objeto del mismo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de esta.

El concepto de nula tributación ya constaba en la primera redacción de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006. No así el de baja tributación. Sin embargo, es interesante

notar, en relación con el primero, que ha sido suprimido el refugio consistente en la existencia de un convenio para evitar la doble imposición.

Bien se comprende que la baja tributación es un concepto jurídico indeterminado. Un indicio para dotarle de efectividad podría ser el tipo mínimo internacionalmente acordado a efectos del proyecto de la OCDE relativo a la tributación mínima global, esto es, el 15%. También, el tipo nominal del 10% del artículo 21 de la Ley 27/2014 o, más rigurosamente, la técnica de comparación de tributación prevista en el artículo 100.1 de la Ley 27/2014 a efectos de la transparencia fiscal internacional.

#### 2.6.4. Estructura de la relación de jurisdicciones no cooperativas

Está por ver cuál será la estructura de esa relación, que deberá ser aprobada por orden ministerial. No obstante, cabe intuir una doble lista. Una de ellas podría contener los países y territorios, en tanto que la otra los regímenes fiscales perjudiciales. A esta segunda lista parece referirse el apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, a cuyo tenor, la relación de regímenes fiscales perjudiciales «se podrá actualizar atendiendo a los criterios del Código de Conducta en materia de fiscalidad empresarial de la Unión Europea o del Foro de Regímenes Fiscales Perjudiciales».

En 1998, la OCDE publicó el informe titulado *Competencia fiscal perniciosa: Un problema mundial emergente*. En el mismo se establecían los criterios para identificar los regímenes fiscales perjudiciales. Se encomendó al denominado Foro sobre Prácticas Fiscales Perniciosas la tarea de examinar los regímenes fiscales perjudiciales. En 2014, el Foro rindió su primer informe.

El Informe final de la acción 5 del Proyecto BEPS (2015) perfeccionó los criterios de identificación de los regímenes fiscales preferenciales, reforzando el criterio de la actividad sustancial, en particular, a través de la definición del nexo entre la actividad económica y la jurisdicción fiscal.

A la vista de tales criterios, el Foro ha venido rindiendo periódicamente sus informes. En el informe de agosto de 2021 se dio cuenta de 309 regímenes preferenciales examinados, de manera tal que los que resulten ser declarados perjudiciales normalmente serán abolidos o enmendados por las jurisdicciones fiscales afectadas, disminuyendo así los riesgos de evasión fiscal mediante el desplazamiento artificioso de beneficios.

En 1997, la Unión Europea publicó el Código de Conducta fiscal, que implicó un compromiso político entre los Estados miembros de no introducir y, en su caso, dismantelar, los regímenes fiscales perjudiciales, estableciendo, al efecto, un conjunto de criterios, a cuya efectividad práctica vela el Grupo del Código de Conducta, creado en 1998. Posteriormente, el Grupo amplió el ámbito de sus trabajos, extendiendo su análisis a los regímenes

de países y territorios terceros, así como a la confección de una lista de jurisdicciones no cooperativas. En 2021, el Consejo publicó un documento en el que se daba cuenta de los regímenes preferenciales examinados, distinguiendo entre Estados miembros y territorios dependientes de los mismos, otro documento relativo a los países y territorios terceros y, en fin, otro concerniente a la relación de jurisdicciones fiscales no cooperativas.

La remisión que la norma legal hace a los trabajos de la OCDE y de la Unión Europea en materia de regímenes fiscales perjudiciales permite intuir que la futura orden ministerial tomará estricta razón de los mismos.

### 2.6.5. Convenios para evitar la doble imposición

De acuerdo con el apartado 5 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, puede darse que la lista de jurisdicciones fiscales no cooperativas incluya a algún país con el que España haya concluido un convenio para evitar la doble imposición. En consecuencia, la lista de las jurisdicciones no cooperativas y los convenios para evitar la doble imposición están en relación de compatibilidad, a diferencia del criterio establecido por el Real Decreto 116/2003, a cuyo tenor, la suscripción de tal convenio implicaba la exclusión de la lista de paraísos fiscales.

La nueva regulación establece que «la normativa tributaria relacionada con las jurisdicciones no cooperativas resultará también de aplicación, en la medida en que no sea contraria a las disposiciones del citado convenio». De esta manera, se pretende alcanzar un equilibrio entre las obligaciones derivadas del convenio bilateral para eliminar la doble imposición y la configuración de una lista de jurisdicciones no cooperativas que, en gran parte, derivará de los criterios y resultados de las iniciativas y trabajos de la OCDE y la Unión Europea.

En este sentido, la no deducción de los gastos derivados de operaciones concertadas con personas o entidades residentes en países o territorios calificados como paraísos fiscales a que se refiere el artículo 15 g) de la Ley 27/2014 podría no ser aplicable mediando un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, por cuanto provocaría una discriminación prohibida por el propio convenio, en cuanto el mismo, como es habitual, estableciere una norma inspirada en el artículo 24.4 del modelo de convenio de la OCDE.

### 2.6.6. Régimen anterior a la futura lista de jurisdicciones no cooperativas

El artículo decimosexto.tres de la Ley 11/2021 ha dado nueva redacción a la disposición transitoria segunda de la Ley 36/2006 al objeto de mantener temporalmente la vigencia del Real Decreto 1080/1991. En su virtud, los países o territorios contenidos en la lista establecida en el mismo tendrán la consideración de jurisdicción no cooperativa mientras no se apruebe la orden ministerial que deberá contener la lista de jurisdicciones no cooperativas.



La relación de paraísos fiscales fue establecida por el Real Decreto 1080/1991, con fundamento legal en los artículos 2 de la Ley 17/1991 y 62 de la Ley 31/1990, a los efectos de excluir de la exención prevista en los mismos respecto de ciertos intereses e incrementos de patrimonio de bienes muebles en la, entonces, obligación real de contribuir. Normas posteriores han venido utilizando la relación de paraísos fiscales para otras finalidades tales como, entre otras, excluir la exención de dividendos de fuente extranjera o calificar determinados gastos como fiscalmente no deducibles.

El artículo 2 del Real Decreto 116/2003 introdujo un nuevo precepto en el Real Decreto 1080/1991, en cuya virtud, dejaban de tener la consideración de paraísos fiscales los países o territorios con los que se hubiere suscrito «un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información» a partir de la entrada en vigor de los mismos.

La redacción original de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006 amplió el espectro de las figuras respecto de las que las leyes de los distintos impuestos podrían establecer normas restrictivas añadiendo, junto a los paraísos fiscales, la nula tributación y la ausencia de efectivo intercambio de información. En relación con la primera figura, continuaba la excepción representada por el convenio para evitar la doble imposición o el acuerdo de intercambio de información y, con la segunda, el convenio para evitar la doble imposición, en tanto que la tercera se construía, precisamente, por la concurrencia de dichos instrumentos jurídicos.

La disposición adicional primera de la Ley 36/2006 no establecía mandato alguno. Se limitaba a definir tres figuras tributarias que, se suponía, habrían de seguir los distintos tributos a los efectos de configurar normas restrictivas o protectoras. Era de esperar, sin embargo, que la lista del Real Decreto 1080/1991 se modificase, cuando menos, para excluir a los países y territorios con los que se había celebrado un convenio para evitar la doble imposición y, cuando más, para incluir los países y territorios de tributación nula o reacios al intercambio de información con fines fiscales. Ni el más ni el menos. La lista del Real Decreto 1080/1991 ha permanecido inmutable, si bien habrá de entenderse no aplicable en relación con los países y territorios afectados por un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información.

La disposición final segunda de la Ley 26/2014 dio nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley 36/2006. En ella se inscribieron las tres figuras antes mencionadas, al tiempo que se matizaba y enriquecía su contenido con referencias a los trabajos de la OCDE, básicamente, para encauzar la actualización de la lista de paraísos fiscales del Real Decreto 1080/1991, a cuyo efecto se habilitaba al «Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de lo regulado en esta disposición adicional, así como para actualizar la relación de países y territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales». Pero esta habilitación reglamentaria no ha encontrado, hasta el momento, su debido cumplimiento.

A raíz de la nueva redacción de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, efectuada por la Ley 26/2014, la DGT libró, con fecha de 23 de diciembre de 2014, un informe (2014-09934) en el que, de una parte, se reafirmaba la vigencia de la lista de paraísos fiscales, con las exclusiones derivadas de la entrada en vigor de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición o un acuerdo de intercambio de información, pero de otra se señalaba que, en lo sucesivo, la actualización de la lista no tendría carácter automático, de manera tal que la concertación de los referidos instrumentos jurídicos, por sí mismos, no depararía el efecto de exclusión, aunque sí el fundamento legal para una modificación de la lista contenida en el Real Decreto 1080/1991.

La esperanza de que la lista de paraísos fiscales del Real Decreto 1080/1991 fuera actualizada también ha quedado frustrada.

Tras la nueva redacción de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, establecida por la Ley 11/2021, la lista del Real Decreto 1080/1991 continúa temporalmente en vigor en los términos anteriormente descritos.

## 2.7. Registro Especial de Buques y Empresas Navieras

La disposición final primera de la Ley 11/2021 ha modificado determinados aspectos de la Ley 19/1994 concernientes al Registro Especial de Buques y Empresas Navieras y a los incentivos fiscales para la cinematografía y el audiovisual. En lo referente a estos últimos, la disposición final primera de la Ley 14/2021 ha establecido una nueva regulación que se comenta en el epígrafe 3 siguiente.

Según la exposición de motivos de la Ley 11/2021:

Se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias, con el fin de adecuar el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras a las Directrices comunitarias sobre ayudas prestadas al transporte marítimo, contenidas en la Comunicación C (2004)43 de la Comisión Europea.

Esta comunicación, a la vista de la competencia suscitada por los pabellones de conveniencia residenciados en Estados terceros, despliega un conjunto de medidas, entre ellas, el denominado régimen de tonelaje en el IS que, atemperadas a las exigencias del régimen de las ayudas de Estado, puedan ser eficaces en orden a contrarrestar esa competencia.

A tal efecto, se añade un apartado 3, se incorpora un nuevo artículo 73 bis y se da nueva redacción al artículo 76, todos ellos de la Ley 19/1994.

En virtud del artículo 73.3, los buques de empresas navieras inscritas en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras que estuvieran registrados en otro Estado

miembro de la Unión Europea o del EEE «tendrán la consideración de inscritos en el registro especial», siempre que cumplan con los requisitos y condiciones previstos en la disposición adicional decimosexta del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

El artículo 73 bis establece los requisitos y límites de los incentivos fiscales, los cuales, «conjuntamente con el resto de ayudas al transporte marítimo recibidas por la entidad, no podrán superar el límite previsto en las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo».

En el IS, las entidades inscritas en alguno de los registros de empresas navieras previstos en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante podrán acogerse al régimen de las entidades navieras en función del tonelaje establecido en el capítulo XVI del título VII de la Ley 27/2014. Por otra parte, el artículo 76 de la Ley 19/1994 establece una bonificación del 90 % a favor de las entidades inscritas en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras.

## 2.8. Régimen fiscal de la SOCIMI

En el preámbulo de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario, se lee que:

La combinación de un régimen sustantivo específico conjuntamente con un régimen fiscal especial tiene como objetivos fundamentales continuar con el impulso del mercado del alquiler en España, elevando su profesionalización, facilitar el acceso de los ciudadanos a la propiedad inmobiliaria, incrementar la competitividad en los mercados de valores españoles y dinamizar el mercado inmobiliario, obteniendo el inversor una rentabilidad estable de la inversión en el capital de estas sociedades a través de la distribución obligatoria de los beneficios a sus accionistas.

En ese párrafo se resumen los objetivos y la técnica para lograrlo.

### 2.8.1. Régimen sustantivo de la SOCIMI

El régimen sustantivo de la SOCIMI pivota sobre el objeto social y la distribución de beneficios.

El objeto social debe ser la adquisición y promoción de bienes de naturaleza urbana para su arrendamiento, así como la tenencia de participaciones en otras SOCIMI o en entidades, residentes o no residentes, cuyo objeto social sea el anteriormente señalado y

estén sometidas a un régimen de distribución de beneficios, legal o estatutario, similar al de la SOCIMI o en participaciones de IIC inmobiliarias. Para garantizar objetivamente el cumplimiento del objeto social se establecen unos requisitos relativos a la composición de las inversiones, de manera tal que, al menos, el 80 % de su activo debe estar integrado por elementos patrimoniales relacionados con el mismo.

Los beneficios deben distribuirse, con carácter general, en su 80 %, mediando ciertas especificidades que lo elevan al 100 % o lo reducen al 50 %.

En fin, su capital social, representado por acciones nominativas, deberá ser, como mínimo de 5 millones de euros, las cuales deberán cotizar en un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación.

### 2.8.2. Régimen fiscal de la SOCIMI previo a la Ley 11/2021

El régimen fiscal de la SOCIMI descansa en la obligación de distribución de beneficios. Hasta la modificación introducida por la Ley 11/2021, que más adelante se comenta, ese régimen procuraba la tributación de la SOCIMI a un tipo de gravamen cero y a un *gravamen especial* del 19 % sobre el beneficio distribuido, siempre que su perceptor participara en el 5 % o más y los dividendos estuviesen exentos o tributasen a un tipo inferior al 10 % en sede de su perceptor.

Los socios residentes en territorio español tributan plenamente sobre los dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de la participación, en tanto que los socios no residentes lo harán por el IRNR. Respecto de estos últimos, se ha debatido la pertinencia de la aplicación de la exención, propia del régimen matriz-filial, del artículo 14.1 h) del TRLIRNR.

Visto desde una perspectiva de técnica tributaria, el régimen fiscal de la SOCIMI está concebido para situar la tributación de las rentas de las inversiones inmobiliarias con fines arrendaticios en sede de los socios y, desde la perspectiva de la política fiscal, es claramente perceptible el diseño de atraer capitales extranjeros al sector de la inversión para el arrendamiento, tal vez también respondiendo a las medidas similares adoptadas por otros países, conocidas como régimen de REITS (*Real Estate Investment Trusts*).

### 2.8.3. Modificación introducida por la Ley 11/2021

La disposición final segunda de la Ley 11/2021 ha introducido un nuevo apartado 4 al artículo 9 de la Ley 11/2009, pasando a numerar 5 el actual 4, al efecto de sujetar a un *gravamen especial* del 15 %, en concepto de cuota del IS, al beneficio que no sea objeto de distribución, excepto en la parte correspondiente a rentas que deban tributar al tipo general de gravamen o que se hallen acogidas al periodo de reinversión.

Este gravamen se devenga el día en el que se adopte el acuerdo de aplicación del resultado del ejercicio, debiendo ser objeto de autoliquidación e ingreso dentro de los dos meses siguientes.

El resto de los elementos que componen la tributación de la SOCIMI y sus socios permanecen inalterados. La SOCIMI continuará tributando al tipo cero por el IS, si bien el beneficio no distribuido se sujetará a un gravamen especial del 15 %, en tanto que, sobre las rentas distribuidas, la SOCIMI estará sometida a un *gravamen especial* del 19 %, tratándose de socios cuya participación en el capital social de la SOCIMI fuere igual o superior al 5 % y tales rentas tributasen a un tipo de gravamen inferior al 10 % en su imposición personal.

La introducción de este gravamen especial del 15 % ha motivado la nueva redacción del artículo 11.1 de la Ley 11/2009, relativo a las exigencias informativas derivadas de la condición de SOCIMI. Como quiera que la SOCIMI podrá obtener rentas sujetas al tipo general de gravamen, rentas sujetas al tipo cero, rentas sujetas al gravamen especial del 15 % y rentas distribuidas sujetas al gravamen especial del 19 % se hace necesario para la adecuada gestión del tributo acotar las distintas situaciones.

Puesto que la SOCIMI está sujeta a rigurosas obligaciones de distribución de beneficios, no parece que este nuevo gravamen pueda tener una incidencia apreciable. Por otra parte, puede ser superado mediante la distribución plena del beneficio, una vez cumplimentada la exigencia de la dotación de la reserva legal.

La introducción del gravamen especial del 15 % sobre el beneficio no distribuido, en cuanto cuota del IS, podría disparar las dudas relativas a la aplicación de lo previsto en la normativa matriz-filial derivadas de la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2017, caso Wereldhave (asunto C-448/15 [NFJ065784]), a cuyo tenor, el tipo de gravamen cero en la imposición sobre el beneficio equivale a la exención. En efecto, la SOCIMI ya no estaría sujeta al tipo cero, sino también al 15 % sobre el beneficio no distribuido. Sin embargo, la cuestión no es clara porque el beneficio distribuido continuará tributando al tipo cero y no tributará por el gravamen especial del 19 % si el perceptor lo hace a un tipo de gravamen igual o superior al 10 %.

### **3. Ley 14/2021, de 11 de octubre, de medidas de apoyo al sector cultural**

Según el preámbulo de la Ley 14/2021, la misma procede del Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo, que fue sometido a debate y votación de totalidad por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 20 de mayo de 2020, en la que se acordó su convalidación, así como su tramitación como proyecto de ley. Por esta razón, se indica que la técnica legislativa utilizada ha consistido en la incorporación de modificaciones sobre determinados preceptos del Real Decreto-Ley 17/2020, debiendo entenderse en vigor los no modificados.

Esta técnica legislativa es opinable. En efecto, una vez que el decreto-ley se tramita como proyecto de ley, el producto final es una ley sin más especialidad que haber sido tramitada por el procedimiento de urgencia.

La confusión a la que da lugar esta forma de enfocar el engarce entre el decreto-ley y la ley resultante de su tramitación como proyecto de ley es perceptible en las normas concernientes a la modificación de la Ley 49/2002, que más adelante se comentan. En efecto, estas normas se presentan a modo de modificación de la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 17/2020, la cual modificó el artículo 19.1 de la Ley 49/2002, siendo así que las mismas son las contenidas en los artículos 2 y 5 de la Ley 49/2002. En rigor, lo que está haciendo la Ley 14/2021 no es dar nueva redacción a la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 17/2020, sino a los artículos 2 y 5 de la Ley 49/2002, así como reproducir la redacción que el Real Decreto-Ley 17/2020 dio al artículo 19.1 de la Ley 49/2002.

En los comentarios que siguen se hará únicamente mención de las modificaciones y novedades introducidas por la Ley 14/2021.

### 3.1. Cinematografía y audiovisual en Canarias

La disposición final primera de la Ley 14/2021 ha dado nueva redacción a la disposición adicional decimocuarta de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen fiscal de Canarias. Dicha disposición fue incorporada por el artículo único diecinueve del Real Decreto-Ley 15/2014 con el objeto de mejorar, en relación con Canarias, el incentivo fiscal de régimen común previsto en el artículo 36 de la Ley 27/2014, relativo a las producciones cinematográficas y audiovisuales. Así, cuando el importe de la deducción de régimen común tuvo el límite de 3 millones de euros, el límite en Canarias quedó fijado en 5,4 millones de euros, esto es, un 80 % superior, de acuerdo con el planteamiento básico de mejora de incentivos fiscales en Canarias, cuya plasmación más conspicua se halla en el artículo 94 de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico fiscal de Canarias.

El Real Decreto-Ley 17/2020 elevó el límite de la deducción, con carácter general, a 10 millones de euros. En relación con Canarias, el Real Decreto-Ley 12/2021 elevó el límite a 12,4 millones de euros con efectos para los periodos impositivos iniciados en 2020 y así lo mantuvo la Ley 11/2021, cuya disposición final primera cuatro dio nueva redacción a la disposición adicional decimocuarta de la Ley 19/1994.

Puesto que el límite de régimen común aumentó en 7 millones de euros, ese aumento habría de llevar el límite en Canarias a 12,4 millones, y esa fue la respuesta del Real Decreto-Ley 12/2021, pero la respuesta fundamentada en el planteamiento básico (80 % superior) lo llevaría a 18 millones. Pues bien, la disposición final primera de la Ley 14/2021 ha cortado por lo sano estableciendo la determinación del límite en función del incremento determinado por aplicación del porcentaje de mejora del 80 %.

La sensibilidad política respecto del régimen económico y fiscal de Canarias está reflejada en la disposición adicional tercera de la Constitución, a cuyo tenor, la modificación del mismo «requerirá el informe previo de la comunidad autónoma». Esta es la razón por la que en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 15/2014 se indicaba que:

Dado que el contenido de este real decreto-ley supone la modificación del régimen económico y fiscal de Canarias se ha procedido a solicitar al Parlamento de Canarias el preceptivo informe exigido por la disposición adicional tercera de la Constitución y por el artículo 46, apartado 3, del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por la Ley orgánica 10/1982, de 10 de agosto.

A este respecto, cabe notar que, probablemente por haber sido omitido dicho trámite, con fecha de 28 de octubre de 2021, el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 6003-2021, promovido por el Parlamento de Canarias, contra la disposición final primera, apartado cuarto, de la Ley 11/2021.

### 3.2. Organizaciones no lucrativas extranjeras

El artículo decimoprimero.seis de la Ley 14/2021 ha dado nueva redacción al artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, sobre régimen fiscal de las entidades no lucrativas y de incentivos fiscales al mecenazgo, al objeto de incluir entre aquellas que tendrán la consideración de entidades no lucrativas y que, por tanto, tendrán derecho a los incentivos fiscales correspondientes, a las siguientes:

- Las residentes en el extranjero que operen en territorio español mediante establecimiento permanente y sean análogas a las entidades no lucrativas constituidas en territorio español.
- Las residentes en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado integrante del EEE con el que exista normativa sobre intercambio de información tributaria que sean análogas a las entidades no lucrativas constituidas en territorio español.

En los dos supuestos quedan excluidas las que sean residentes en una jurisdicción fiscal calificada como no cooperativa, excepto si se trata de un Estado miembro de la Unión Europea y se acredite que la constitución y operativa respondan a motivos económicos válidos.

La relación de analogía de las entidades no lucrativas extranjeras respecto de las españolas habrá de determinarse tomando en consideración los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley 49/2002 a los efectos de calificar a una entidad como entidad no lucrativa y, por tanto, merecedora del régimen de incentivos fiscales previstos en la misma.

Por tanto, no todas las entidades que, de acuerdo con la legislación de la jurisdicción fiscal de su residencia, tengan la consideración de entidades no lucrativas, podrán disfrutar del régimen fiscal previsto en la Ley 49/2002. Solamente lo disfrutarán aquellas que superen el test de analogía o comparabilidad.

Como consecuencia de la incorporación de esas entidades al disfrute de los incentivos fiscales previstos en la Ley 49/2002, también se ha dado nueva redacción al artículo 5 de la misma al efecto de añadir un nuevo párrafo para precisar que, respecto de ellas, «se aplicará lo dispuesto en este capítulo y en el capítulo siguiente, entendiéndose hechas las referencias del IS al IRNR».

Las entidades no lucrativas que operen mediante establecimiento permanente entran en contacto con la jurisdicción fiscal española en razón al mismo, de manera tal que la renta gravable se determinará por las reglas previstas en el capítulo II del título II de la Ley 49/2002 y, supletoriamente, por las de la Ley 27/2014, a la que se remite el TRLIRNR.

Bajo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, estas entidades tendrán derecho a todos los incentivos fiscales previstos en la Ley 49/2002. En particular, la base imponible recogerá únicamente las rentas procedentes de las explotaciones económicas no exentas y el tipo de gravamen será el 10 %.

Las entidades no lucrativas que operen sin establecimiento permanente entran en contacto con la jurisdicción fiscal española por razón de la obtención de rentas en territorio español en los términos previstos en el TRLIRNR.

El TRLIRNR no recoge ninguna exención a favor de las entidades no lucrativas extranjeras, pero las rentas que el artículo 6 de la Ley 49/2002 declara exentas en el IS también lo estarán en el IRNR, incluso si se obtienen sin mediar establecimiento permanente, habida cuenta de lo previsto en el nuevo párrafo del artículo 5 de la Ley 49/2002. En consecuencia, los dividendos pagados por entidades residentes en territorio español, entre otros rendimientos vinculados a dicho territorio, estarán exentos en el IRNR y no sufrirán retención, puesto que el artículo 12 de la Ley 49/2002 excluye la misma respecto de las rentas exentas.

Por otra parte, los contribuyentes del IS que efectúen donaciones a favor de las entidades no lucrativas extranjeras, comprendidas en la nueva redacción del artículo 2 de la Ley 49/2002, tendrán derecho al régimen de los incentivos fiscales al mecenazgo, previsto en el título III de la misma.

Con las modificaciones introducidas en la Ley 49/2002, la legislación española relativa a las entidades no lucrativas pretende ponerse en línea con las exigencias del derecho de la Unión Europea, tal y como fue interpretado por las Sentencias del TJUE Persche (asunto C-318/07), Musicología (asunto C-386/04) y France (asunto C-485/14), siendo a destacar que ya los tribunales de justicia españoles habían venido estimando los recursos basados en la infracción de aquel derecho.



Por lo que se refiere a las entidades no lucrativas extranjeras que obtengan rentas mediante establecimiento permanente, puede afirmarse que tal pretensión ha sido consumada, pero no así respecto de aquellas que obtengan rentas en territorio español sin el concurso de establecimiento permanente.

Las entidades no lucrativas no residentes sin establecimiento permanente afectadas por la nueva redacción de los artículos 2 y 5 de la Ley 49/2002 son exclusivamente las residentes en Estados miembros de la Unión Europea o del EEE. En consecuencia, los dividendos e intereses pagados por entidades residentes en territorio español, entre otros rendimientos vinculados a dicho territorio, obtenidos por entidades no lucrativas constituidas en Estados terceros, continúan sujetos y no exentos al IRNR aun cuando sean comparables a las residentes en territorio español, de manera tal que podría presentarse el caso de restricción a la libertad de movimiento de capitales, habida cuenta de su proyección mundial, en los términos del artículo 63.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

### 3.3. Acontecimientos de excepcional interés

Tendrán la consideración de acontecimientos de excepcional interés público, en el sentido del artículo 27 de la Ley 49/2002, los siguientes:

- El evento cultural «El tiempo de la libertad. Comuneros V Centenario», coincidente con el V Centenario de la batalla de Villalar.
- «Andalucía Valderrama Masters», «Centenario Delibes», «Año Santo Jacobeo», «Automobile Barcelona» y «Expo Dubái» a los efectos de ampliar su plazo de aplicación.

Como se apunta más adelante, la Ley de presupuestos generales del Estado para 2022 ha engrosado notablemente el elenco de este tipo de acontecimientos.

## 4. Ley de presupuestos generales del Estado para 2022

El artículo 61 de la Ley 22/2021, bajo el título de «Tributación mínima», ha dado nueva redacción o ha modificado los artículos 30, 41, 49.1 y 71.1 de la Ley 27/2014 y ha añadido a la misma el artículo 30 bis con la finalidad de que los contribuyentes del IS satisfagan una tributación no inferior al 15 % de la base imponible.

El núcleo de la reforma es el artículo 30 bis. Su armoniosa inserción en el marco de la Ley 27/2014 ha motivado las restantes modificaciones normativas mencionadas.

Además de esa relevante modificación, las disposiciones adicionales quincuagésima novena a octogésima, ambas inclusive, ensanchan el ya muy nutrido y variopinto repertorio

de los acontecimientos de excepcional interés público a los efectos de lo previsto en el artículo 27 de la Ley 49/2002.

En fin, la disposición adicional quincuagésima octava relaciona las actividades prioritarias de mecenazgo de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 49/2002.

## 4.1. Características de la tributación mínima

El nuevo mandato consiste en que «la cuota líquida no podrá ser inferior al resultado de aplicar el 15 % a la base imponible» corregida en el importe de la reserva de nivelación. Sin embargo, como se verá seguidamente, esto no implica que, en todo caso, la cantidad a ingresar, sin tomar en consideración los pagos a cuenta, deba ser, como mínimo, el 15 % de la base imponible. En efecto, de la cuota íntegra podrán deducirse en su totalidad las bonificaciones y las deducciones para evitar la doble imposición, de manera tal que pudiera suceder que así se llegara a una cantidad inferior al 15 % de la base imponible, la cual *tendrá consideración de cuota líquida mínima*.

De esta manera, el efecto práctico de la tributación mínima consistirá en limitar las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades económicas del capítulo IV del título VI.

Las entidades que soportarán efectivamente la tributación mínima serán aquellas que sean intensivas en la realización de proyectos de I+D+i o las dedicadas a la cinematografía, el audiovisual o las artes escénicas.

En este sentido, la tributación mínima habría venido, exclusivamente, a debilitar el impacto de esos incentivos fiscales.

Por el contrario, no afecta a los incentivos fiscales que se sustancien aminorando la base imponible, cual es el caso de la libertad de amortización o del denominado *patent box*.

Por consiguiente, la tributación mínima no está concebida neutralmente en relación con los incentivos fiscales.

## 4.2. Determinación de la tributación mínima

La tributación mínima se determina mediante la liquidación del impuesto. Por tanto:

- Cálculo de la cuota íntegra, aplicando el tipo de gravamen a la base imponible, corregida en el importe de la reserva de nivelación del artículo 105 y de la reserva para inversiones en Canarias.

- De esa cuota íntegra se deducirán las bonificaciones, tanto las previstas en la Ley 27/2014 como en otras leyes relativas al IS.
- De esa diferencia se deducirá el importe de las deducciones para evitar la doble imposición internacional respetando, claro está, los límites propios de cada una de ellas.

Si la cantidad resultante es inferior al 15 % de la base imponible, el proceso de liquidación se detiene. No se practicarán, por consiguiente, las deducciones para fomentar la realización de determinadas actividades económicas. Si es superior, se practican esas deducciones, respetando sus propios límites, los cuales no se ven afectados por la tributación mínima, hasta el punto en que se llegue al 15 % de la base imponible, corregida en el importe de la reserva de nivelación y de la reserva para inversiones en Canarias.

Las deducciones no aplicadas podrán deducirse en los periodos impositivos siguientes, de acuerdo con lo previsto en las normas que las regulan, respetando, en todo caso, la tributación mínima. Por tanto, con carácter general, en los 15 o 18 periodos impositivos siguientes (art. 39.1).

A partir de aquí, se deducirán los pagos a cuenta, esto es, pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta, dando lugar a la cuota a ingresar o a devolver.

### Ejemplo 1

Resultado contable (art. 10)	1.000.000
Libertad de amortización I+D+i (art. 12)	(200.000)
IS (art. 15)	180.000
Deuda tributaria tributación de salida (art. 19)	12.000
Dividendo exento (art. 21)	(60.000) (neto del 5%)
Renta exenta e. p. (art. 22)	(40.000)
Reducción renta intangibles (art. 23)	(80.000)
Reserva de capitalización (art. 25)	(70.000)





▶	
Reserva Ley 19/1994	(30.000)
Base imponible (art. 10.3)	700.000
Cuota íntegra (art. 30)	175.000 (700.000/25 %)
Bonificación Ceuta o Melilla (art. 33)	10.000
Bonificación Canarias Ley 19/1994 (art. 26)	18.000
Deducción impuesto extranjero (art. 31)	30.000
Deducción impuesto extranjero (art. 32)	32.000
Suma de bonificaciones y deducciones	90.000
Cuota líquida	85.000
Cuota líquida mínima (art. 30 bis)	105.000 (700.000/15 %)
Deducción I+D+i (art. 35)	-
Gastos incurridos	800.000
Deducción (art. 35)	200.000 (800.000/25 %)
Límite (art. 39)	21.250 (85.000/25 %)
Pendiente (art. 39)	179.250 (200.000 - 21.250)
Límite (art. 30 bis)	0
Pendiente (art. 30 bis)	200.000 (200.000 - 0)
Deducción Ley 49/2002 (art. 20)	2.000 (pendiente)
Pago fraccionado (art. 40)	47.000
Deuda tributaria	50.000 (85.000 + 12.000 - 47.000)

Puede apreciarse que el efecto práctico de la tributación mínima ha sido impedir la deducción por I+D+i y la relativa a las donaciones a entidades no lucrativas. También puede apreciarse que los incentivos fiscales que operan en base imponible no están afectados.

Por excepción:

Las deducciones cuyo importe se determine con arreglo a lo dispuesto en la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico fiscal de Canarias, y en la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias, se aplicarán, respetando sus propios límites, aunque la cuota líquida resultante sea inferior a la mencionada cuota líquida mínima.

En consecuencia, las deducciones por inversiones realizadas en Canarias no se verán afectadas por la tributación mínima. Estas deducciones se practicarán atendiendo al límite establecido en el artículo 94 de la Ley 20/1991.

### 4.3. Contribuyentes afectados

La tributación mínima solo afecta a los contribuyentes:

cuyo importe neto de la cifra de negocios sea al menos de 20 millones de euros durante los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el periodo impositivo o que tributen en el régimen de consolidación fiscal regulado en el capítulo VI del título VII de esta ley, con independencia de su importe neto de la cifra de negocios.

Se suma así esta técnica a la establecida en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2014, en relación con los denominados grandes contribuyentes, cuyo fundamento es dudoso, por cuanto no se advierte la razón por la que una cifra de negocios relativamente elevada deba implicar la pérdida del disfrute de incentivos fiscales. Menos todavía, por el hecho de tributar en el régimen de consolidación fiscal.

La tributación mínima no se aplica a los siguientes contribuyentes:

- Las entidades no lucrativas acogidas a la Ley 49/2002.
- Las IIC que reúnan los requisitos para tributar al 1 %.
- Los fondos de pensiones.
- Las SOCIMI de la Ley 11/2009.
- Las entidades de la zona especial canaria (ZEC), por la parte de base imponible amparada por el régimen especial previsto en la Ley 19/1994.

Habida cuenta del objeto al que se consagran algunas de estas entidades, difícilmente hubieran podido estar afectadas por la tributación mínima.

## 4.4. Especialidades

Se establecen reglas especiales respecto de los contribuyentes cuyo tipo de gravamen sea distinto del general del 25 %. Estas reglas replican, para estos contribuyentes, la relación del 60 % existente entre tal tipo y el 15 % definitorio de la cuota líquida mínima:

- Entidades de nueva creación que tributen al tipo del 15 %. La cuota líquida mínima se establece en el 10 % de la base imponible.
- Entidades de crédito e hidrocarburos. La cuota líquida mínima se establece en el 18 %.
- Cooperativas. La cuota líquida mínima no podrá ser inferior al resultado de aplicar el 60 % a la cuota íntegra calculada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 20/1990.
- Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas. La bonificación del 85 % hasta el momento existente, prevista en el artículo 49.1, se reduce al 40 %, preservándose así la referida relación. Esta reducción hubiera debido motivar la correspondiente modificación del apartado 3 del referido precepto, ya que la restricción que en el mismo se establece respecto de la exención de los dividendos distribuidos por estas entidades deriva, precisamente, del importe de la bonificación.

## 4.5. Grupos fiscales

La tributación mínima se aplica a los contribuyentes que tributen en régimen de consolidación fiscal, cualquiera que fuere su cifra de negocios. Consecuentemente, el proceso de liquidación relativo a los mismos está sujeto a las reglas relativas a la tributación mínima. Este es el sentido de la nueva redacción del artículo 71.1.

## 4.6. La monetización

Determinados incentivos fiscales pueden ser monetizados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39.2 y 3.

La monetización consta de los siguientes elementos:

- Reducción del incentivo fiscal en un 20 %.
- Deducción del incentivo fiscal de la cuota íntegra, minorada en las bonificaciones y en las deducciones para evitar la doble imposición o cuota íntegra ajustada, en los términos del modelo de declaración.
- Abono a metálico del incentivo fiscal que no ha podido ser deducido por insuficiencia de la cuota íntegra ajustada.

¿Cómo incide la tributación mínima respecto de la monetización?

Caben dos alternativas: una, consiste en una interpretación de la monetización que atempere su régimen al de la tributación mínima; otra, en entender que la monetización no ha sido, en absoluto, afectada.

En el contexto normativo vigente, la interpretación atemperadora no parece posible. En efecto, la monetización implica la efectividad del incentivo fiscal que no ha podido ser deducido por insuficiencia de cuota íntegra ajustada, mediante su abono a metálico, en tanto que la tributación mínima restringe la deducción del incentivo fiscal.

La segunda alternativa parece la más certera, por más que la monetización implique, dentro de sus límites y condiciones, la neutralización de la tributación mínima.

#### 4.7. La tributación mínima en el impuesto sobre la renta de no residentes

El artículo 63.uno de la Ley 22/2021 ha añadido una disposición adicional décima al TRLIRNR, en cuya virtud, en orden a la determinación de la deuda tributaria correspondiente a las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente, «resultará de aplicación la tributación mínima establecida en el artículo 30 bis de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS».

De esta manera, se introduce en el IRNR la técnica de la tributación mínima. Consecuentemente, el artículo 63.dos de la Ley 22/2021 ha dado nueva redacción al artículo 19, apartados 4, 5 y 6 del TRLIRNR, relativo a la determinación de la deuda tributaria, al objeto de introducir el concepto de cuota líquida. Por tanto, de la cuota íntegra serán deducibles las bonificaciones y deducciones, en la forma prevista en el artículo 30 bis de la Ley 27/2014, en el bien entendido que «se practicarán en función de las circunstancias que concurren en el establecimiento permanente, sin que resulten trasladables las de otros distintos del mismo contribuyente en territorio español».

#### 4.8. Relación con la imposición mínima global del G20/OCDE

La tributación mínima tiene una cierta semejanza formal con la imposición mínima global. Sin embargo, esas dos técnicas tributarias deparan efectos prácticos bien diferentes.

La *imposición mínima global* tiene por objetivo que los grupos multinacionales tributen, al menos, a un tipo efectivo del 15%.

La *tributación mínima* solo se proyecta respecto de las rentas de las entidades residentes en territorio español y, lo que es más importante, no garantiza que el tipo efectivo de

gravamen sea, cuando menos, el 15 %. En efecto, la tributación mínima no contempla el cálculo del tipo efectivo de gravamen.

## 4.9. Relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

En cuanto fiscalidad de residentes, la tributación mínima no entra en conflicto con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. Por otra parte, los métodos para eliminar la doble imposición previstos en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición tampoco se ven afectados, tanto si operan en base imponible o como deducciones de la cuota íntegra.

En fin, la aplicación de la tributación mínima a los establecimientos permanentes ubicados en territorio español no perturba el principio de no discriminación, ya que con ello se iguala la posición de entidades residentes y no residentes.

## 4.10. Relación con el derecho de la Unión Europea

Con carácter general, la obtención de rentas extranjeras sujetas a una retención determinante de un crédito de impuesto minorará la cuota líquida, lo que determina dos efectos:

- Reduce la base de cálculo determinante del límite previsto en el artículo 39 de la Ley 27/2014.
- Puede permitir la operatividad de la tributación mínima.

Los dos efectos determinan una posición comparativamente desventajosa para aquellas entidades que obtengan rentas de fuente extranjera frente a aquellas que las obtengan exclusivamente de fuente local en lo que concierne a las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades. Ahora bien, en la medida en que esas rentas deriven de operaciones transfronterizas amparadas por alguna libertad comunitaria, podría surgir una fricción con el derecho de la Unión Europea.

Se notará que esa posible fricción anida tanto en la tributación mínima como en la forma en cómo está construido el límite a la deducción por la realización de determinadas actividades económicas.

También minorará la cuota líquida la exención de rentas de fuente extranjera, pero, al tiempo, la base de cálculo de la tributación mínima igualmente se ve aminorada, de manera tal que no determina un efecto de discriminación. Ciertamente, frente a una misma inversión el



I+D+i, la entidad que obtiene rentas en el extranjero por medio de establecimiento permanente se halla en peor situación que aquella que opera exclusivamente en territorio español. Para salvar esa discriminación, podría elegir aplicar el método de imputación del artículo 32 de la Ley 27/2014. pero, en tal caso, se abriría el supuesto de discriminación derivado de la disminución de la cuota líquida, anteriormente descrito.

## Ejemplo 2

Sean dos entidades, A y B, las cuales operan con dos establecimientos fabriles. A los tiene ubicados en territorio español, en tanto que B uno de ellos en Portugal. Esos establecimientos producen la misma renta. Las dos entidades realizan inversiones de I+D+i en territorio español por el mismo importe. Las dos entidades sufren una retención extranjera por razón de una imposición de capitales.

	Liquidación de A	Liquidación de B
Renta de la fábrica 1	500.000	500.000
Renta de la fábrica 2	500.000	500.000 (Portugal)
Base imponible	1.000.000	500.000
Cuota íntegra	250.000	125.000
Retención extranjera	60.000	60.000
Cuota líquida	190.000	65.000
Cuota líquida mínima	150.000 (1.000.000/15%)	75.000 (500.000/15%)
Deducción I+D+i	40.000	0
(Gastos incurridos I+D+i)	800.000	800.000
Deducción (art. 35)	200.000 (800.000/25%)	200.000
Límite (art. 39)	47.500 (190.000/25%)	16.250 (65.000/25%)
Límite (art. 30 bis)	40.000 (190.000 – 150.000)	0 (65.000 – 75.000)
Deuda tributaria	150.000 (190.000 – 40.000)	65.000 (65.000 – 0)
Impuesto extranjero (25%)	0	125.000
<b>Total impuesto</b>	<b>150.000 (150.000 + 0)</b>	<b>190.000 (65.000 + 125.000)</b>

Puede apreciarse que, ante una misma inversión, la entidad que ha ejercitado el derecho de establecimiento sufre un perjuicio respecto de aquella que no lo ha efectuado. Ahora bien, ese efecto no se debe a la tributación mínima, sino a la exención de la renta de fuente extranjera.

## 5. Real Decreto 243/2021, de 6 de abril, de intercambio de información tributaria

El artículo único del Real Decreto 243/2021, de 6 de abril, ha introducido una nueva subsección 5.<sup>a</sup> en la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo V del título II del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (Reglamento de aplicación de los tributos). Mediante esta regulación se completa la transposición de la Directiva (UE) 2018/822, la cual modifica la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

Previamente, el artículo único de la Ley 10/2020 introdujo en la LGT, a los efectos de dicha transposición, las disposiciones adicionales vigésima tercera y vigésima cuarta. La Orden HAC/342/2021 ha aprobado los modelos de declaración y la Resolución de 8 de abril de 2021, del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Tributaria, los modelos de comunicaciones entre los intervinientes y partícipes en los mecanismos transfronterizos.

El objetivo último de las normas mencionadas es disuadir las estrategias de la denominada planificación fiscal agresiva, en cuanto tengan proyección transfronteriza, mediante la obligación que se impone a los intermediarios o beneficiarios de las mismas, según los casos, de comunicarlas a las Administraciones tributarias concernidas si concurre en aquellas alguna de las señas distintivas previstas en el anexo IV de la Directiva 2011/16/UE, incorporado por la Directiva (UE) 2018/822.

Las señas distintivas se predicán respecto de un mecanismo transfronterizo. El artículo 45 del Reglamento de aplicación de los tributos describe el mecanismo transfronterizo de planificación fiscal objeto de declaración de la manera más amplia posible, considerando como tal «todo acuerdo, negocio jurídico, esquema u operación transfronterizo en el que concurren» las señas distintivas del anexo IV.

Seguramente ha sido el IS la figura tributaria más afectada por esas estrategias. La lectura de ciertas sentencias de los tribunales de justicia, tales como las relativas al denominado conflicto de los gastos financieros o las concernientes a la compensación de pérdidas transfronterizas, pone de relieve el padecimiento sufrido. Sin embargo, sería injusto no poner de relieve que tales estrategias han sido minoritarias y puntuales y que, en algunos casos, han podido ser constitutivas de economías de opción. Ciertos aspectos de las señas distintivas enlazan con el IS. Por esta razón se espigan algunas de ellas.

El punto 3 de la letra A del anexo IV considera como seña distintiva general, vinculada al criterio del beneficio principal, «un mecanismo que cuente con una documentación o estructura sustancialmente normalizadas y que esté a disposición de más de un contribuyente interesado sin que sea necesario adaptarlo sustancialmente para su ejecución».

En la inmensa mayoría de las sentencias relativas al conflicto de los gastos financieros se aprecia una estructura normalizada: adquisición de acciones de sociedades del grupo a una entidad del grupo con financiación facilitada por la entidad transmitente u otra del grupo. Por esta razón, el Real Decreto-Ley 12/2012 pudo introducir en el TRLIS un precepto cuyo supuesto de hecho reprodujo esa estructura y lo propio ha hecho el artículo 15 h) de la Ley 27/2014.

El punto 1 de la letra B del anexo IV considera como seña distintiva específica, vinculada al criterio del beneficio principal:

un mecanismo en cuyo marco sus participantes adopten medidas artificiosas consistentes en la adquisición de una sociedad con pérdidas, el cese de la actividad principal de dicha sociedad y la utilización de las pérdidas para reducir sus obligaciones tributarias, en particular mediante la transferencia de dichas pérdidas a otra jurisdicción o mediante la aceleración de su utilización.

La adquisición de sociedades con pérdidas con fines exclusivamente fiscales motivó una norma restrictiva de la compensación de bases impositivas en la Ley 43/1995, recogida y ampliada actualmente en el artículo 26 de la Ley 27/2014. En el ámbito del régimen fiscal de las operaciones de fusión y asimiladas se ha venido considerando que una combinación de negocios concebida para procurar el aprovechamiento fiscal de pérdidas carece de motivos económicos válidos.

El punto 2 de la letra B del anexo IV considera como seña distintiva específica, vinculada al criterio del beneficio principal, «un mecanismo que tiene por efecto convertir la renta en capital, donaciones u otras categorías de renta sujetas a un gravamen inferior o fiscalmente exentas».

La conversión de renta en capital supone que los ingresos derivados de las operaciones realizadas por la entidad, en lugar de registrarse en la cuenta de resultados, incidan en una cuenta de patrimonio neto. Por tanto, para lograr el efecto fiscal, es preciso infringir las normas contables. En este sentido, estas normas son, en cierto modo, un escudo protector de la correcta formación de la renta gravable.

Una irregularidad, en cierto modo similar, es pretender la exención de dividendos de fuente extranjera respecto de ingresos que han motivado gastos fiscalmente deducibles en sede de la entidad pagadora. Las normas sobre asimetrías híbridas de los artículos 15 bis y 21 de la Ley 27/2014 podrían neutralizarla.

El punto 3 de la letra B del anexo IV considera como seña distintiva específica, vinculada al criterio del beneficio principal:

un mecanismo que incluye operaciones circulares que dan lugar a la «ida y vuelta» de fondos, en particular, a través de entidades interpuestas que no desempeñan ninguna otra función comercial principal o de operaciones que se compensan o anulan mutuamente o que presentan otras características similares.

En general, responden a la estructura de las operaciones circulares todas aquellas mediante las que se ubican activos en sede de entidades extranjeras controladas que tributan en régimen privilegiado, cuyo uso es cedido a otra entidad vinculada operativa en régimen de arrendamiento o similar. Algunas operaciones circulares podrían ser subsumidas en el artículo 100.3 g) de la Ley 27/2014.

El punto 1 de la letra C del anexo IV considera como seña distintiva, vinculada a las operaciones transfronterizas:

un mecanismo que implica la deducibilidad de los pagos transfronterizos efectuados entre dos o varias empresas asociadas cuando se cumple, como mínimo, una de las siguientes condiciones:

- a) el destinatario no reside a efectos fiscales en ninguna jurisdicción fiscal;
- b) aunque el destinatario reside a efectos fiscales en una jurisdicción determinada, esta:
  - i) no aplica ningún impuesto de sociedades o aplica el impuesto de sociedades al tipo cero o casi cero. [El artículo 47 del Reglamento de aplicación de los tributos establece que «se entenderá que se aplica un tipo 0 o casi 0 cuando el país o territorio de residencia del destinatario determina un tipo impositivo nominal inferior al 1 %»]; o
  - ii) figura en una lista de jurisdicciones de terceros países que han sido calificadas conjuntamente por los Estados miembros o en el marco de la OCDE como no cooperadoras;
- c) el pago se beneficia de una exención total del impuesto en la jurisdicción en que el destinatario reside a efectos fiscales;
- d) el pago se beneficia de un régimen fiscal preferente en la jurisdicción en que el destinatario reside a efectos fiscales. [El artículo 47 del Reglamento de aplicación de los tributos excluye de la consideración de régimen fiscal preferente a «aquel que hubiera sido autorizado conforme a derecho por la Unión Europea»].

El artículo 15 g) de la Ley 27/2014 establece que no son fiscalmente deducibles los gastos de servicios correspondientes a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con

personas o entidades residentes en países o territorios calificados como jurisdicciones no cooperadoras, excepto si el contribuyente prueba que el gasto responde a una operación efectivamente realizada.

En la medida en que la ventaja fiscal buscada se pretenda lograr mediante un mecanismo determinante de una asimetría híbrida, el mismo podría estar subsumido en alguno de los supuestos previstos en el artículo 15 bis) de la Ley 27/2014.

Los puntos 2 y 3 de la letra C del anexo IV consideran como señal distintiva, vinculada a las operaciones transfronterizas, un mecanismo en cuya virtud «se reclaman deducciones por la misma depreciación del activo en más de una jurisdicción o una deducción por doble imposición en relación con una misma renta o capital en más de una jurisdicción».

El artículo 15 bis.8 de la Ley 27/2014 limita la deducción de la retención a la proporción que se corresponda con la renta integrada en la base imponible obtenida en una transferencia híbrida realizada con una persona o entidad vinculada no residente en territorio español.

El punto 4 de la letra C del anexo IV considera, como señal distintiva específica, un mecanismo que incluya transferencias de activos y en el que hay una diferencia significativa en el importe considerado pagadero como contrapartida por los activos en las jurisdicciones implicadas. El artículo 47 del Reglamento de aplicación de los tributos establece que «tendrá la consideración de diferencia significativa aquella diferencia superior a un 25 % entre los valores fiscales en ambas jurisdicciones».

No existe en la Ley 27/2014 ninguna norma que pueda enlazar, en algún modo, con tal señal distintiva.

El punto 2 de la letra D del anexo IV considera, como señal distintiva vinculada a la titularidad real:

un mecanismo que implica una cadena de titularidad formal o real no transparente, mediante la participación de personas, instrumentos o estructuras jurídicos:

- a) que no realizan una actividad económica sustantiva respaldada por personal, equipos, activos e instalaciones adecuadas; y
- b) que están constituidos, gestionados, domiciliados, controlados o establecidos en una jurisdicción distinta de la jurisdicción de residencia de uno o varios de los titulares reales de los activos correspondientes a tales personas, instrumentos o estructuras jurídicos; y
- c) en los que los titulares reales de dichas personas, instrumentos o estructuras jurídicas, en la definición de la Directiva (UE) 2015/849, no son identificables.

Esta seña distintiva afecta, básicamente, a operaciones de disimulo del beneficiario efectivo, con la finalidad de disfrutar de una ventaja fiscal mediante la interposición de un titular formal. Es en el IRNR donde las mismas tienen especial relevancia. Así, el artículo 14 h) del TRLIRNR rechaza la exención de dividendos pagados en las relaciones matriz-filial en función de unos indicios que denotan la presencia de una titularidad formal.

Los puntos 1, 2 y 3 de la letra E del anexo IV consideran, como seña distintiva relativa a los precios de transferencia:

un mecanismo que conlleva la utilización de un régimen de protección unilateral [o que] conlleva la transmisión de activos intangibles difíciles de valorar [o, en fin,] que implica una transferencia transfronteriza, entre sociedades del mismo grupo, de funciones, riesgos o activos, si el resultado de explotación (EBIT) anual previsto, durante los tres años posteriores a la transferencia, del ordenante o los ordenantes es inferior al 50 % del EBIT anual previsto de ese ordenante u ordenantes de no haberse realizado la transferencia.

Las operaciones vinculadas deparan un desplazamiento artificioso de beneficios entre entidades del grupo cuando las mismas no se valoran por el valor de mercado. La determinación e identificación del valor de mercado ofrece notables dificultades en el ámbito de los activos intangibles.

El artículo 18 de la Ley 27/2014, siguiendo la doctrina de la OCDE, regula la valoración de las operaciones vinculadas por el valor de mercado. Corresponde al contribuyente demostrar, a través de la documentación, que las operaciones vinculadas han sido valoradas de acuerdo con el valor de mercado. La documentación ha de mantenerse a disposición de la Administración tributaria.

El artículo 47 del Reglamento de aplicación de los tributos elimina la obligación de declarar respecto de aquellas operaciones que hayan sido objeto de un acuerdo de valoración previo, en el sentido del capítulo X del título I del Reglamento del IS.

Puede apreciarse, de acuerdo con lo expuesto, la relación entre los mecanismos transfronterizos que deben ser objeto de declaración por concurrir en los mismos alguna de las señas distintivas y ciertas normas del IS.

La concurrencia de las señas distintivas no implica que el mecanismo u operación a declarar sea constitutivo de fraude o evasión fiscal. Simplemente, existe un riesgo de que lo sea. La Administración tributaria tendrá la oportunidad de examinarlo y expresarse respecto del mismo en la sede electrónica de la AEAT, pero no está obligada a hacerlo, de manera tal que el silencio administrativo no implica la aceptación de la regularidad del mecanismo transfronterizo declarado. Del mismo modo, los contribuyentes no estarán obligados a ajustar el cumplimiento de sus obligaciones tributarias a los criterios que la Administración tributaria pueda publicitar en la sede electrónica.

Los efectos de la declaración son puramente informativos. Las Administraciones tributarias concernidas no tienen otra obligación que la de intercambiar automáticamente las declaraciones recibidas de los obligados y, naturalmente, vigilar el cumplimiento de la obligación de información.

## **6. Real Decreto 399/2021, de 8 de junio, por el que se modifican el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa**

La modificación del Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa tiene una triple finalidad. En primer lugar, completar la transposición de la Directiva (UE) 2017/1852, ya ejecutada en sus aspectos básicos por el Real Decreto-Ley 3/2020. En segundo lugar, incorporar los compromisos inherentes al estándar de la acción 14 del Proyecto BEPS y, en tercer lugar, tomar en consideración la posición de España favorable a la introducción del arbitraje en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

A tal efecto, modifica una pléyade de artículos del Real Decreto 1794/2008, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa (Reglamento de procedimientos amistosos) e introduce un nuevo título IV concerniente a los mecanismos de resolución de litigios a que se refiere la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea, pasando el anterior título IV a ser numerado V.

Por el número de artículos afectados, pudiera pensarse que se trata de una reforma radical. No es así. Los contenidos básicos permanecen. Tras la modificación, el Reglamento de procedimientos regula tres procedimientos; a saber: el previsto en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, el previsto en el Convenio 90/436/CEE y el correspondiente a la transposición de la Directiva (UE) 2017/1852.

El nuevo título IV del Real Decreto 1794/2008 establece el procedimiento –calificado como *mecanismo* siguiendo la literalidad de la Directiva (UE) 2017/1852– para resolver los conflictos derivados:

de las medidas adoptadas por España o por otro u otros Estados miembros que impliquen o puedan implicar una imposición no acorde con las disposiciones de los convenios o tratados internacionales aplicables en España por los que se dispone la eliminación de la doble imposición de la renta y, en su caso, del patrimonio.

Por tanto, solamente podrán acceder al mismo los contribuyentes que sean residentes en España o en cualquier otro Estado miembro.

Los conflictos sobre los que versa el procedimiento regulado en el título IV podrán ser resueltos mediante acuerdo de los Estados miembros concernidos, pero si así no fuere, el obligado tributario «podrá solicitar a la autoridad competente la constitución de una comisión consultiva», si bien la autoridad competente podrá convenir con las autoridades competentes de los demás Estados miembros afectados «la constitución de una comisión de resolución alternativa» en lugar de la comisión consultiva. La comisión consultiva o la comisión de resolución alternativa emitirán un dictamen que será vinculante para las autoridades competentes.

Junto a la incorporación de un nuevo procedimiento, cabe también destacar ciertas novedades.

En primer lugar, la adecuación de las causas de no admisión de la apertura del procedimiento relativo al Convenio 90/436, concerniente a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, a lo previsto en el apartado 10 de la disposición adicional primera del TRLIRNR. En este sentido, la nueva redacción del artículo 23 del Reglamento de procedimientos amistosos prevé que no se tramitará el referido procedimiento cuando haya sido impuesta, con carácter firme, alguna de las penas y sanciones mencionadas en la disposición adicional primera.10 del TRLIRNR, esto es, las penas por delitos contra la Hacienda pública a las que se refieren los artículos 305 y 305 bis del Código Penal; las sanciones por las infracciones a las que se refieren los artículos 191, 192 y 193 de la LGT, siempre que concurra algún criterio de calificación a los que se refiere el artículo 184 de dicha ley; las sanciones por las infracciones establecidas en el artículo 18.13.2.º de la Ley 27/2014, siempre que concurra algún criterio de calificación a los que se refiere el artículo 184 de la LGT. La concurrencia de esas sanciones también inhabilita el acceso a la comisión consultiva del procedimiento regulado en el título IV.

En segundo lugar, la supresión del supuesto de denegación del inicio del procedimiento amistoso para el caso en el que «se tenga constancia de que la actuación del obligado tributario trataba de evitar una tributación en alguno de los Estados afectados». Así rezaba la norma prevista en el antiguo artículo 8.2 d) del Reglamento de procedimientos amistosos, desaparecida tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto 399/2021. En la exposición de motivos del Real Decreto 399/2021 se dice que tal supresión responde al cumplimiento del compromiso asumido por España relativo al estándar mínimo establecido en el apartado 1.2 del Informe final de la acción 14 del Proyecto BEPS, indicándose, adicionalmente, que desde el 1 de enero de 2016 las autoridades competentes españolas «no han denegado el inicio de un procedimiento amistoso con base en la aplicación de cláusulas antiabuso».

El apartado 1.2 del Informe final de la acción 14 del Proyecto BEPS establece que:

Los países deberían proporcionar el acceso al PA en los casos en los que exista un desacuerdo entre el contribuyente y la administración tributaria que realiza el ajuste sobre si se cumplen o no las condiciones para la aplicación de las disposiciones



para prevenir el uso abusivo de los convenios, o sobre si la aplicación de las disposiciones antiabuso del derecho interno entran o no en conflicto con las del convenio.

El apartado 16 de la acción 14 del Proyecto BEPS precisa el alcance del estándar recordando que «solo se refiere al acceso al procedimiento amistoso», pero no a la obligación de tratar de resolver ni a la eventual obligación de someter el asunto a arbitraje, de manera tal que el nuevo estándar mínimo no debería interpretarse en el sentido de incluir el compromiso implícito de asumir esas otras obligaciones.

Al amparo del antiguo artículo 8.2 d) del Reglamento de procedimientos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2021 (rec. núm. 6432/2019 [NFJ083675]) entendió pertinente la denegación de acceso al convenio para evitar la doble imposición hispano-alemán en caso de mediar la aplicación del artículo 15 de la LGT, concretamente, en el contexto del conflicto de los gastos financieros. Esta doctrina, seguramente, ya no será válida en relación con los procedimientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto 399/2021.

En tercer lugar, la supresión del no devengo de intereses de demora por el tiempo de tramitación del procedimiento amistoso, prevista en el antiguo artículo 15.6 del Reglamento de procedimientos amistosos, explicándose en su exposición de motivos que tal supresión responde «a la práctica internacional observada desde la entrada en vigor del Real Decreto 1794/2008».

## **7. Orden HAC/560/2021, de 4 de junio, por la que se aprueban los modelos de declaración**

Los modelos de declaración por el IS, además de incorporar las incidencias derivadas del conjunto de los decretos-ley que lo han afectado, contienen ciertas novedades. Siguiendo su exposición de motivos, pueden citarse:

- El cuadro de detalle de las correcciones al resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias (excluida la corrección por IS) de la página 19 del modelo 200 tendrá carácter obligatorio para todos los ajustes de las páginas 12 y 13 de dicho modelo.
- Cambios relacionados con el régimen económico y fiscal de Canarias en relación con las deducciones por inversiones en Canarias con límites incrementados, deducción por producciones cinematográficas extranjeras en Canarias, así como relacionados con las inversiones anticipadas, que se considerarán como materialización de la reserva para inversiones en Canarias.
- Nuevo formulario (anexo V) relacionado con la reserva para inversiones en Canarias.

Por otra parte, se modifica la Orden HAP/296/2016, de 2 de marzo, por la que se aprueba el modelo 282, «Declaración informativa anual de ayudas recibidas en el marco del régi-

men económico y fiscal de Canarias y otras ayudas de Estado, derivadas de la aplicación del derecho de la Unión Europea», y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación, actualizando su anexo al objeto de adecuarlo a las modificaciones derivadas de la Ley 8/2018, de 5 de noviembre, por la que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias.

## 8. Real Decreto-Ley 5/2021

El artículo 4.2 del Real Decreto-Ley 25/2021 ha dado nueva redacción a la disposición adicional tercera.1 c) de la Ley 27/2014 al objeto de añadir a la lista de las ayudas públicas que tengan por objeto reparar la destrucción de elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades económicas la derivada de la erupción volcánica y otras causas naturales.

Seguramente, la redacción precedente ya cubría suficientemente el nuevo caso, habida cuenta que bajo el concepto de «hundimiento», presente en la misma, cabía la destrucción de bienes causada por la erupción volcánica. Una consulta de la DGT hubiera ahorrado el gasto normativo si acaso se albergaran dudas.

Estas ayudas públicas son compatibles con el mercado interior en los términos del artículo 107.2 b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional.

Por otra parte, el artículo 28 del Real Decreto-Ley 20/2021 ha considerado actividad prioritaria de mecenazgo, en el sentido del artículo 22 de la Ley 49/2002, la recuperación del patrimonio cultural de la isla de La Palma.

## 9. Real Decreto-Ley 31/2021, de 28 de diciembre, por el que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias

El artículo único.uno del Real Decreto-Ley 31/2021 modifica el párrafo segundo del artículo 27.11 de la Ley 19/1994 al objeto de extender el plazo de materialización de la inversión anticipada de la reserva para inversiones en Canarias hasta el 31 de diciembre de 2023.

Mediante esta modificación, se adecúa tal referencia temporal al periodo de vigencia del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del tratado, entre ellas, las de finalidad regional, en los términos de la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional (2021/C 153/01).

El artículo único.dos modifica las referencias temporales previstas en el artículo 29 de la Ley 19/1994, relativas a la ZEC para ajustarlas al término de vigencia del Mapa de Ayudas Regionales, avanzando las mismas en un año, de manera tal que la vigencia de la ZEC tendrá como límite el 31 de diciembre de 2027, prorrogable previa autorización de la Comisión de la Unión Europea, y el plazo de inscripción finalizará el 31 de diciembre de 2023, en el bien entendido que «el mantenimiento de la ZEC estará condicionado en todo caso al resultado de las revisiones periódicas que deba realizar la Comisión Europea».

Del mismo modo, a tenor de la disposición adicional primera, las referidas modificaciones de la Ley 19/1994 «estarán condicionadas a la autorización por la Comisión Europea del Mapa de Ayudas de Finalidad Regional para el periodo 2022-2027».

## 10. Modificación del Plan General de Contabilidad

Aun no siendo una norma de naturaleza fiscal, el PGC tiene una gran trascendencia respecto del IS.

### 10.1. La trascendencia fiscal de las normas contables

El precepto nuclear de la relación entre el IS y la contabilidad es el artículo 10.3 de la Ley 27/2014, directo heredero del artículo 10.3 de la Ley 43/1995. La convocatoria que en el mismo se contiene a las normas contables contenidas en el Código de Comercio y en las disposiciones que lo desarrollan es uno de los principales enlaces de dicho tributo con la contabilidad. Esa convocatoria es posible porque con la Ley 19/1989 se culminó lo que podría denominarse el proceso de juridificación de la contabilidad. En esa ley halló fundamento legal el PGC, aprobado por el Real Decreto 1643/1990. A partir de ese momento, pudo levantarse acta de nacimiento del derecho de la contabilidad ligado, por otra parte, a la normativa europea, en cuanto dichas disposiciones, además, transpusieron la Cuarta Directiva de 25 de julio de 1978.

Con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002, la Unión Europea puso en funcionamiento una estrategia consistente en la recepción de las normas internacionales de información financiera. En su virtud, las cuentas consolidadas de las entidades cotizadas en mercados regulados habrían de formularse de acuerdo con tales normas, en la medida en que hubieran sido asumidas mediante reglamentos de la Comisión, sin necesidad de transposición a los ordenamientos internos de los Estados miembros. La Ley 62/2003 dispuso lo necesario para la adecuada aplicación de la normativa comunitaria, extendiéndola, de manera voluntaria, a la totalidad de las cuentas consolidadas.

La Ley 16/2007 cerró la brecha que se abría, a raíz de aquella estrategia, entre las normas contables relativas a las cuentas consolidadas y las cuentas individuales, ajustando el

derecho contable «a los criterios incluidos en los reglamentos de la Unión Europea por los que se adoptan las normas internacionales de información financiera en aquellos aspectos sustanciales que dichos reglamentos regulen con carácter obligatorio». A tal efecto, dio nueva redacción a los artículos del Código de Comercio y del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas concernientes a la contabilidad, lo que motivó la modificación de un nutrido conjunto de preceptos del texto refundido de la LIS.

Con fundamento en la disposición final primera de la Ley 16/2007, el Real Decreto 1514/2007 aprobó el vigente PGC. Precisamente, las habilitaciones reglamentarias contenidas en esa disposición dibujan el mapa de las fuentes del derecho contable.

La Cuarta Directiva fue derogada por la Directiva 2013/34/UE. Con tal motivo, la Ley 22/2015 dio nueva redacción a determinados artículos del Código de Comercio y de la Ley de sociedades de capital, siendo destacable la obligación de amortizar el fondo de comercio y la potencial extensión de la valoración por el valor razonable, confiada a la norma reglamentaria. Consecuentemente, hubo de ser modificada la Ley 27/2014.

Las normas contables son reglas técnicas, inspiradas en unos principios armónicamente entrelazados, pero, al tiempo, son normas jurídicas y, teniendo su cúspide en el Código de Comercio, están perfectamente sujetas al principio de reserva legal y, por ende, son aptas para regular aspectos básicos de la obligación de contribuir por el IS.

Véase, consecuentemente, la trascendencia de las modificaciones del PGC.

## 10.2. La modificación del Plan General de Contabilidad establecida por el Real Decreto 1/2021

Con el Real Decreto 1/2021 se aborda la tercera modificación del PGC tras las efectuadas por el Real Decreto 1159/2010 y el Real Decreto 602/2016. La reforma afecta al criterio de valoración 6.2 del marco conceptual de la contabilidad y a las normas de valoración 9.<sup>a</sup> («Instrumentos financieros»), 10.<sup>a</sup> («Existencias»), 11.<sup>a</sup> («Moneda extranjera») y 14.<sup>a</sup> («Ingresos por ventas y prestaciones de servicios»), así como a las reglas correspondientes de la tercera parte del PGC.

Las modificaciones se insertan en la filosofía que animó la reforma contable manifestada en la Ley 16/2007, esto es, orientar las normas contables en el sentido de las normas internacionales de información financiera recibidas por los reglamentos de la Comisión de la Unión Europea. En el caso, son el Reglamento (UE) n.º 2016/2067, relativo a la norma internacional de información financiera 9.<sup>a</sup>, concerniente a instrumentos financieros, modificado por el Reglamento (UE) n.º 2018/498 y del Reglamento (UE) n.º 2016/1905, relativo a la norma internacional de información financiera 15.<sup>a</sup>, modificado por el Reglamento (UE) n.º 2017/1987.

Estas modificaciones no deben ser vistas a modo de transposiciones de normas comunitarias, sino como ejecución de la filosofía mencionada.

### 10.2.1. La valoración por el valor razonable

El artículo 17.1 de la Ley 27/2014 establece que la valoración de los elementos patrimoniales según las reglas contables será válida respecto de la determinación de la base imponible del IS. No obstante, la valoración por el valor razonable solo surtirá efectos cuando deba reflejarse en la cuenta de pérdidas y ganancias, o en una cuenta de reservas, cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria. Por tanto, no lo será cuando la contrapartida deba ser otra cuenta de patrimonio neto.

El apartado 6.2 del marco conceptual de la contabilidad del PGC define el valor razonable como «el precio que se recibiría por la venta de un activo o se pagaría para transferir o cancelar un pasivo mediante una transacción ordenada entre participantes en el mercado en la fecha de valoración». Siguiendo a la NIIF 13.<sup>a</sup>, «Medición del valor razonable», se distingue entre el *mercado principal* y el *mercado más ventajoso*. Sin embargo, no siempre existe un mercado fiable, en cuyo caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 bis del Código de Comercio, «el valor razonable se obtendrá mediante la aplicación de modelos y técnicas de valoración con los requisitos que reglamentariamente se determine», y de ahí que el apartado 6.2 del marco conceptual, junto a las transacciones recientes de mercado, admita el descuento de flujos de efectivo futuros estimados y los modelos para valorar opciones, jerarquizando entre ellos atendiendo a su cercanía con el mercado.

En el campo de los activos financieros, norma de valoración 9.<sup>a</sup> del PGC, la valoración por el valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias se predica con carácter general. No obstante, entre otros activos financieros, escapa a esta regla de valoración un conjunto de gran significación en el ámbito fiscal, cual es el caso de las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas y los instrumentos de patrimonio cuyo valor razonable no pueda determinarse por referencia a un mercado activo o no pueda estimarse fiablemente. Bien se comprende que en ambas categorías están incluidos buena parte de los instrumentos de patrimonio, los cuales se valorarán contablemente al coste minorado en el importe de las correcciones de valor que deban practicarse, debiendo recordarse que la pérdida por deterioro de los instrumentos de patrimonio no es fiscalmente deducible, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13.2 b) y 15 k) de la Ley 27/2014.

Respecto de los instrumentos de patrimonio que deban valorarse por el valor razonable, las disminuciones de valor no son computables a efectos de la determinación de la base imponible, excepto si, con carácter previo, se hubiere integrado en la base imponible un aumento de valor correspondiente a valores homogéneos del mismo importe, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 l) de la Ley 27/2014.

En el campo de las existencias, norma de valoración 10.<sup>a</sup> del PGC, la regla general es la valoración al coste, con las correcciones de valor pertinentes, pero, excepcionalmente, los intermediarios que comercialicen materias primas cotizadas podrán valorar sus existencias al valor razonable menos los costes de venta, siempre y cuando que con ello se elimine o reduzca de forma significativa una asimetría contable que surgiría en otro caso por no reconocer estos activos a valor razonable, registrándose la variación de valor en la cuenta de pérdidas y ganancias. Estas reglas contables no están exceptuadas por las normas fiscales relativas a la valoración de elementos patrimoniales contenidas en el artículo 17 de la Ley 27/2014.

En el campo de la moneda extranjera, norma de valoración 11.<sup>a</sup> del PGC, las diferencias de cambio relativas a los activos financieros de carácter monetario clasificados en la categoría de valor razonable con cambios en el patrimonio neto serán las correspondientes a las variaciones del tipo de cambio, independientemente de la variación del valor razonable y se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias. Tratándose de partidas no monetarias, las diferencias de cambio se reconocen en patrimonio neto o en pérdidas y ganancias a tenor de la forma en cómo debe reconocerse la variación de valor razonable. No existiendo una norma en la Ley 27/2014 relativa a las diferencias de cambio, se integrarán en la base imponible aquellas que deban imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias, pero no aquellas que deban imputarse a patrimonio neto.

No ha sido objeto de modificación por el Real Decreto 1/2021 la norma 21.<sup>a</sup>, operaciones entre partes vinculadas, la cual merece ser destacada porque, a su tenor, tales operaciones:

se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable, de manera tal que, en su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación.

Puesto que el valor razonable se determina en función de unos criterios vinculados al mercado, puede afirmarse que el valor de mercado del artículo 18 de la Ley 27/2014, operaciones vinculadas, viene a coincidir conceptualmente con el valor razonable del apartado 6.2 del PGC. De este modo, el cumplimiento de la norma contable determinará el cumplimiento de lo previsto en aquel precepto, y de ahí el valor y significación fiscal de la nueva redacción dada a la misma por el Real Decreto 1/2021.

## 10.2.2. El reconocimiento de los ingresos

En el campo de los ingresos, norma de valoración 14.<sup>a</sup> del PGC, se afianza el criterio de que los mismos deberán reconocerse cuando se produzca la transferencia del control de los bienes o servicios comprometidos con el cliente y por el importe, sea monetario o razonable de la contrapartida, que se espera recibir de este último. Este criterio es la especificación del principio del devengo, en cuanto principio contable recogido en el apartado 3.3 del marco conceptual del PGC.

No obstante, las reglas contables sufren ciertas correcciones fiscales. Así, el artículo 11.1 de la Ley 27/2014 reconoce el principio del devengo, pero su apartado 4 establece la posibilidad, en relación con las operaciones a plazos o con precio aplazado, de integrar en la base imponible las rentas habidas en las mismas en función del criterio de caja. Por otra parte, la norma contable impide el reconocimiento de un ingreso en las permutas de elementos homogéneos, en tanto que el artículo 17.5 de la Ley 27/2014 establece la integración en la base imponible de la diferencia de valor de mercado de los elementos recibidos y el valor fiscal de los entregados.

La Resolución del ICAC de 10 de febrero 2021 desarrolla las previsiones de la norma de valoración 14.<sup>a</sup> del PGC.

## 11. Directiva (UE) 2021/2101

La referida directiva ha introducido un nuevo capítulo, 10 bis, en la Directiva 2013/34/UE, relativa a las cuentas anuales, al objeto de regular la información concerniente al IS. Afecta a las empresas cuyos ingresos consolidados hayan superado 750 millones de euros.

Esa información deberá desglosarse por países. De esta manera, la información de impuestos país por país deviene pública. En este sentido, el apartado 3 del nuevo artículo 48 *quater* establece que:

Los Estados miembros permitirán que la información enumerada en el apartado 2 del presente artículo se comunique sobre la base de las instrucciones para la comunicación de información a que se refiere el anexo III, sección III, partes B y C, de la Directiva 2011/16/UE del Consejo.

Consecuentemente, la normativa contable relativa a esta obligación podrá ajustarse a lo previsto en el modelo 231, «Declaración informativa. Declaración de información país por país (CBC/DAC4)».

Se da así satisfacción a la resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2019, a cuyo tenor, la publicación de la información relativa al IS, desglosada país por país, además de favorecer la transparencia, enlaza perfectamente con la estrategia fiscal del Consejo de la Unión Europea en el dominio del combate contra el fraude y la evasión fiscal.

Bajo determinadas circunstancias, revelar públicamente esa información puede acarrear perjuicios comerciales y de aquí que el apartado 6 del nuevo artículo 48 *quater* establezca que:

Los Estados miembros podrán permitir que uno o más elementos de información que debieran hacerse públicos en otro caso de conformidad con los apartados 2

o 3 se omitan temporalmente del informe cuando su divulgación pueda ser gravemente perjudicial para la posición comercial de las empresas a las que se refiere el informe.

Esta excepción no podrá afectar a «la información relativa a los territorios fiscales incluidos en los anexos I y II de las Conclusiones del Consejo sobre la lista revisada de la Unión Europea de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales» (2021/C 413 I/01). El anexo I contiene la lista de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales y el anexo II la de aquellos países y territorios que se hallen en curso de cumplimentar los compromisos asumidos con la Unión Europea de efectuar modificaciones legislativas relacionadas con la transparencia y la abolición de los regímenes fiscales perniciosos. Se inserta esa excepción en el marco de los principios establecidos por la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2010, sobre el fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal (2009/2174[INI]) (2010/C 341 E/07).

Los Estados miembros deberán transponer la directiva, a más tardar, el 22 de junio de 2023.

## Referencias bibliográficas

Sanz Gadea, E. (2020). Tributación de las rentas obtenidas por las instituciones de inversión colectiva (IIC) y sus partícipes. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, E1-E166.

Sanz Gadea, E. (2021). Asimetrías híbridas: Real Decreto-Ley 4/2021. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 460, 51-96.