



Cuestiones fiscales más conflictivas en las operaciones de reestructuración empresarial acogidas al régimen especial FEAC

Salvador José Llopis Nadal
Rubén Díez Esclapez

Valencia, 20 de diciembre de 2023



Ponentes



Salvador José Llopis

Socio

Área de litigación tributaria

salvador.llopis@cuatrecasas.com

Socio responsable del área de litigación tributaria de Cuatrecasas en la Comunidad Valenciana.

Amplia experiencia en la defensa de los derechos de los contribuyentes en todo tipo de procedimientos tributarios frente a las Administraciones Públicas, especialmente en los procedimientos de inspección y de recaudación, así como en litigios relativos a toda clase de tributos y en todas las instancias.



Rubén Díez

Asociado Principal

Área de litigación tributaria

ruben.diez@cuatrecasas.com

Abogado del área de litigación tributaria de Cuatrecasas, ha desarrollado su carrera profesional en las oficinas de Alicante, Barcelona y Valencia de este despacho.

Cuenta con amplia experiencia en la defensa de los intereses de los contribuyentes en procedimientos de derivación e inspección tributaria, así como en procedimientos especiales para la recuperación de impuestos ingresados indebidamente.

Índice

Cuestiones fiscales más conflictivas en las operaciones de reestructuración empresarial acogidas al régimen especial FEAC

1. Introducción
2. Principales operaciones cuestionadas por la Inspección de Hacienda
3. Regularizaciones practicadas por la Inspección de Hacienda
4. Criterios jurisprudenciales y administrativos relevantes en materia del régimen FEAC
5. Posibilidades de defensa de los contribuyentes



Introducción



Introducción

Creciente interés de la Inspección de Hacienda en determinadas operaciones acogidas al régimen FEAC



BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO



Núm. 49

Lunes 27 de febrero de 2023

Sec. I. Pág. 28969

I. DISPOSICIONES GENERALES

MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA

5080 *Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2023.*

De igual manera, se programarán actuaciones dirigidas a evitar el uso abusivo de la personalidad jurídica con la principal finalidad de canalizar rentas, o desviar indebidamente gastos personales de personas físicas, de manera que se reduzcan improcedentemente los tipos impositivos aplicables. Esta comprobación se extenderá a la interposición de personas jurídicas para remansar rentas pendientes de distribuir por parte de sociedades operativas, alcanzando dicha comprobación a la posible aplicación indebida del régimen de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores con ocasión de las aportaciones no dinerarias de participaciones que se hayan podido efectuar con un propósito exclusivo de elusión fiscal.

Introducción

Creciente interés de la Inspección de Hacienda en determinadas operaciones acogidas al régimen FEAC

IMPUESTOS • Opinión

Las sociedades 'holding' o 'family office' en el punto de mira de la Administración Tributaria

AUMENTA LAS SANCIONES Y HABRÁ LITIGIOSIDAD

Hacienda eleva la presión a los 'holdings' familiares para que tributen por dividendos

La Agencia Tributaria ha intensificado las inspecciones y empieza a poner sanciones por matrices de grupos de empresas familiares. Ya hay litigios que acabarán en tribunales



María Jesús Montero, ministra de Hacienda. (EFE/Hidalgo)

Legal

LA LEY

FISCAL >

La problemática de los holdings familiares con la inspección de tributos

Dice que no aplica la neutralidad y regularizará la operación, exigiendo las cuotas que entiende que se debieron devengar

Introducción

Creciente interés de la Inspección de Hacienda en determinadas operaciones acogidas al régimen FEAC

➤ Marco normativo:

- Ley 29/1991
- Ley 43/1995 (1996-2004)
- Real Decreto legislativo 4/2004 (2005-2014)



Especial intensidad en la comprobación de fusiones y escisiones
Escasos precedentes sobre canjes y aportaciones no dinerarias

- Ley 27/2014 (2015-actualidad)



Especial intensidad en la comprobación de canjes y aportaciones no dinerarias





CUATRECASAS



economistas
Colegio de Valencia

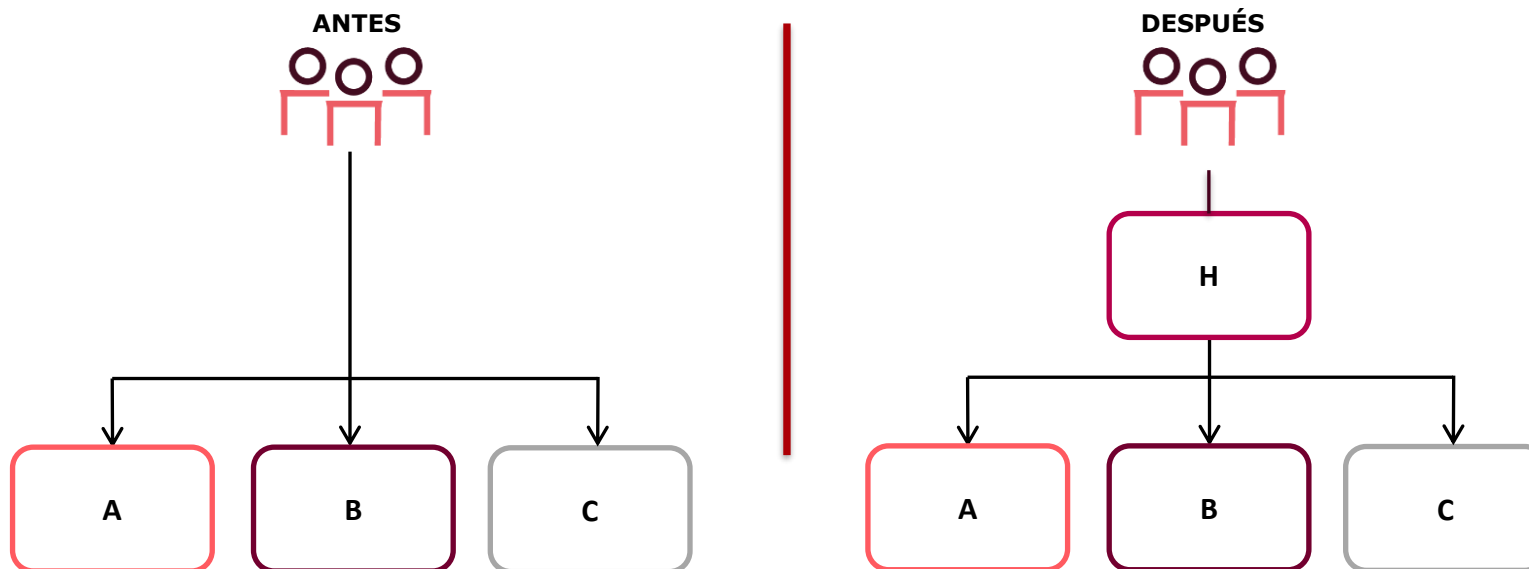
Principales operaciones cuestionadas por la Inspección de Hacienda



Principales operaciones cuestionadas por la Inspección de Hacienda

Aportaciones no dinerarias y canjes de valores

Por ejemplo: Constitución de una sociedad holding que aglutina a todos los socios, favoreciendo la dirección y gestión del grupo empresarial, y facilitando la adopción de un protocolo familiar que regule los aspectos relevantes de las relaciones entre los socios.



Principales operaciones cuestionadas por la Inspección de Hacienda

Aportaciones no dinerarias y canjes de valores

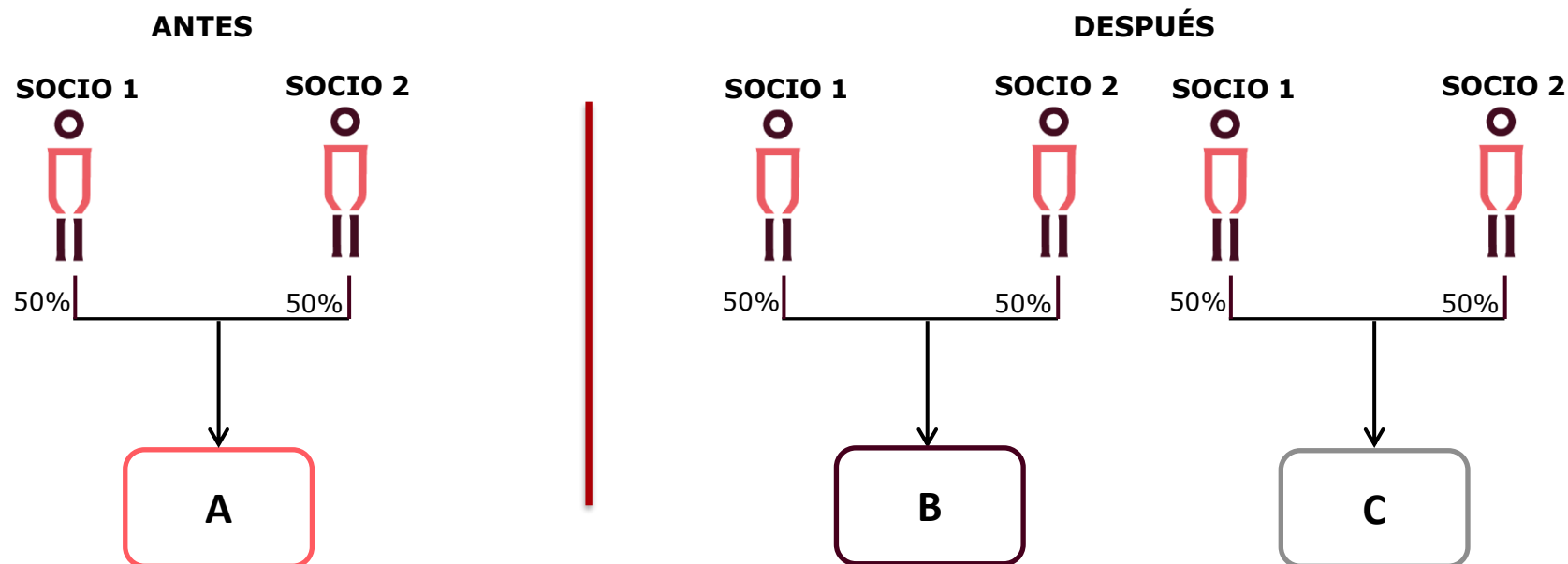
Cuestiones controvertidas:

- Plan de Control Tributario 2023
- Problemática: aplicación de la exención para evitar la doble imposición (art. 21 LIS) con posterioridad a la operación de reestructuración: reparto de dividendos (art. 21.1 LIS) y transmisión de la cartera de valores (art. 21.3 LIS)
- Relevo generacional, ¿motivo económico válido?
 - Criterio tradicional de la DGT favorable (V1096-13, V1097-13, V1099-13 o V1100-13, entre otras muchas)
 - Criterio vigente de la DGT desfavorable (V3151-21 o V1561-23, entre otras)

Principales operaciones cuestionadas por la Inspección de Hacienda

Escisión total

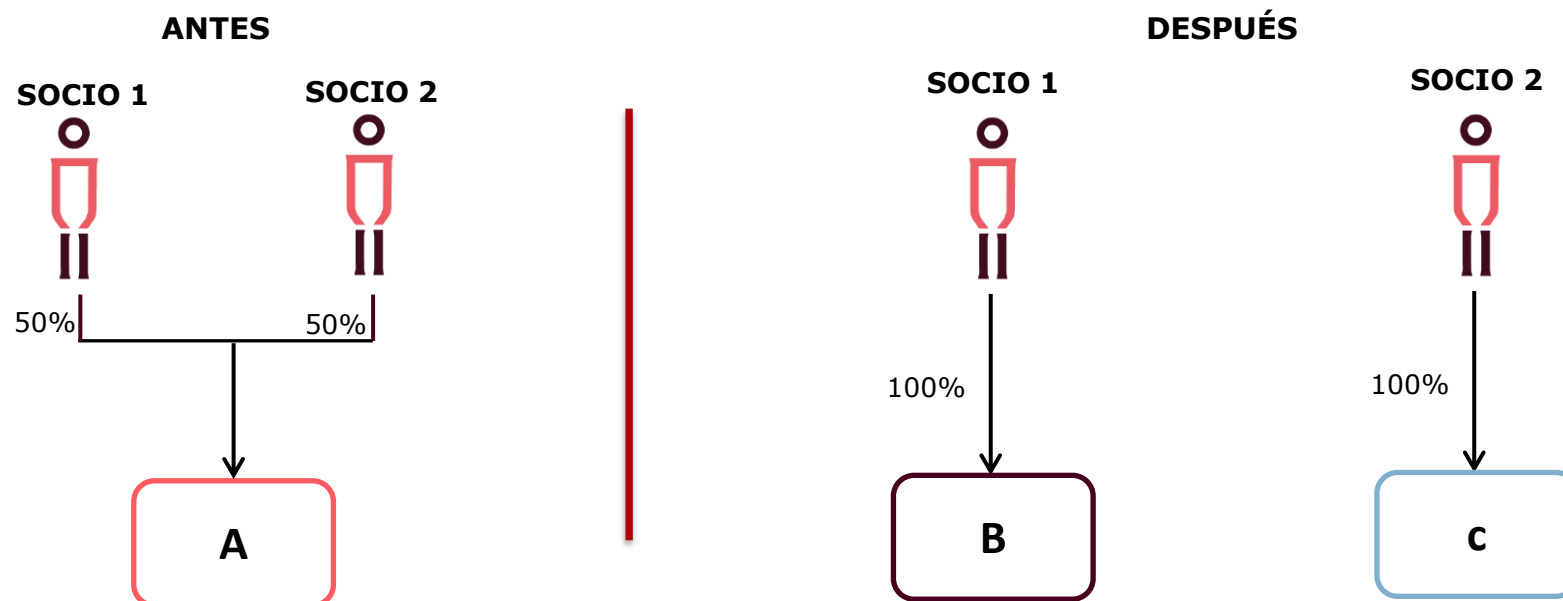
Escisión total proporcional: Cumplimiento de la regla de la proporcionalidad cualitativa.



Principales operaciones cuestionadas por la Inspección de Hacienda

Escisión total

Escisión total no proporcional: El incumplimiento de la regla de la proporcionalidad cualitativa requiere la existencia de ramas de actividad (art. 76.2.2ª LIS).



Principales operaciones cuestionadas por la Inspección de Hacienda

Escisión total

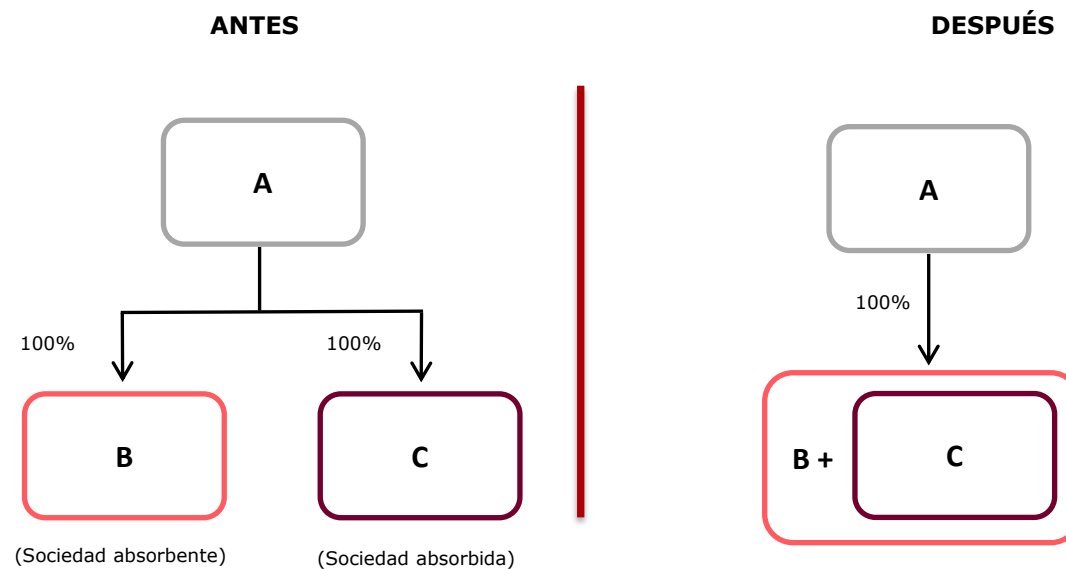
Cuestiones controvertidas:

- Regla de proporcionalidad cuantitativa y cualitativa
- Riesgo de asimilación a una separación de socio (Tribunal Supremo, sentencia de 6 de noviembre de 2015). ¿Puede ser éste un motivo económico válido? DGT V3382-15
- ¿Vulneración del Derecho de la Unión Europea?
 - Tribunal Supremo, sentencia de 20 de julio de 2014 (votos particulares)
 - Procedimiento de infracción iniciado por la Comisión Europea frente al Reino de España

Principales operaciones cuestionadas por la Inspección de Hacienda

Fusión por absorción

Por ejemplo: Grupo de sociedades, en las que varias entidades desarrollan la misma actividad. Se plantea una **fusión por absorción**, para concentrar en una única empresa las actividades desarrolladas, obteniendo con ello una estructura más sencilla y eficaz, anulando duplicidades innecesarias.



Principales operaciones cuestionadas por la Inspección de Hacienda

Fusión por absorción

Cuestiones controvertidas:

- Plan de Control Tributario 2023
- Absorción de una sociedad inactiva, con bases imponibles negativas pendientes de compensar (Tribunal Supremo, sentencia de 31 de marzo de 2021)
- Prueba sobre los motivos económicos válidos (Audiencia Nacional, sentencia de 21 de octubre de 2021)
 - Reducción de cargas administrativas
 - Facilidad en la gestión mercantil del grupo
 - Análisis de los resultados de las empresas del grupo con posterioridad a la operación



CUATRECASAS



economistas
Colegio de Valencia

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda



Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

¿En qué aspectos suelen centrarse las regularizaciones tributarias?

- Motivación económica válida de la operación
- Obtención de una ventaja fiscal con la operación controvertida
- Regularización de la ventaja fiscal

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Motivación económica válida de la operación (I)

- La Inspección se centra en comprobar cómo y en qué medida la operación ha tenido un impacto positivo en la estructura y actividad empresarial, cuestionando aquellas operaciones en las que simplemente hay un cambio de accionariado
- Argumentos de la Inspección para rechazar la motivación de operaciones en las que, a su juicio, no se produce más que un cambio en el accionariado del grupo empresarial
 - *«Los motivos a analizar son los de la sociedad, no de los socios»*
 - *«la sociedad .../... no ha cambiado nada en su estructura, actividad, personal, medios, etc.»*
- Análisis global: *«La valoración de la existencia de un motivo económico válido en cada caso concreto exigirá que se consideren otras operaciones, anteriores o posteriores a aquella que se acoge al régimen especial»*

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Motivación económica válida de la operación (II)

➤ Incidencia de las consultas de la DGT sobre los motivos económicos válidos:

- No basta con la mera cita de consultas en las que se analizan motivos válidos para llevar a cabo la operación, es necesario descender al caso en concreto: *«Los motivos económicos aducidos por el interesado consisten en **generalidades** extraídas de las consultas de la Dirección General de Tributos en las que para los casos concretos analizados se han considerado válidos, pero que **carecen de sustrato real** en la operación que nos ocupa»*
- Rechazo de la Inspección de Hacienda de seguir el criterio de la DGT favorable sobre los motivos económicos válidos, **en consultas tributarias planteadas por el propio contribuyente**: *«el criterio fijado por la Dirección General de Tributos en las contestaciones emitidas, no es un criterio definitivo, ya que es un criterio a expensas de lo efectivamente comprobado por la Administración»*
- En todo caso, la existencia de un fin o propósito del contribuyente, distinto de los motivos económicos válidos, es una cuestión de hecho sobre la que tienen que pronunciarse los órganos de la Inspección de Hacienda

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Obtención de una ventaja fiscal con la operación controvertida (I)

Art. 96.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (hasta 31/12/2014)

2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

Art. 89.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (desde 01/01/2015)

2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Obtención de una ventaja fiscal con la operación controvertida (II)

- Aportación no dineraria/canje de valores efectuada por una persona física a favor de una entidad *holding*, y posterior **transmisión** de las acciones/participaciones previamente aportadas
 - Ventaja fiscal obtenida: transmisión de las participaciones sociales sin tributar (art. 21.3 LIS)
 - Posterior venta a terceros
 - Incidencia en el propósito de la operación de la modificación introducida por el RDL 3/2016 en el art. 21.4 LIS
 - La entidad aportada compra, en autocartera, sus propias participaciones. Situación equiparable a la separación de socios sin tributar
- Aportación no dineraria/canje de valores efectuada por una persona física a favor de una entidad *holding*, y posterior **reparto de dividendos** por las entidades cuyas acciones/participaciones fueron previamente aportadas
 - Ventaja fiscal obtenida: distribución de dividendos sin tributar (art. 21 LIS)
 - Cuestiones relevantes: **(i)** existencia de una política de reparto de dividendos antes y después de la operación de aportación no dineraria, y **(ii)** destino de los dividendos distribuidos por las filiales

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Obtención de una ventaja fiscal con la operación controvertida (III)

- Sociedad que se escinde totalmente, mediante una atribución no proporcional a los socios de las entidades resultantes tras la operación:
 - Necesidad de acreditar la existencia de ramas de actividad –pendiente resolución del procedimiento de infracción iniciado frente a España-
 - Incidencia de los conflictos entre los socios de la entidad escindida
- Fusión de sociedades en las que alguna de las entidades absorbidas cuenta con bases imponibles negativas y créditos fiscales pendientes de aplicación
 - Necesidad de acreditar que la entidad o entidades absorbidas desarrollan una actividad económica

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Regularización de la ventaja fiscal (I)

Art. 96.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (hasta 31/12/2014)

2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

Art. 89.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (desde 01/01/2015)

2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Regularización de la ventaja fiscal (II)

- Regularizaciones practicadas en los periodos impositivos 2015 en adelante (aplicación de la Ley 27/2014): la regularización practicada por la Inspección de Hacienda requiere que debe acreditarse la regularización exclusiva de la ventaja fiscal, siendo esta la que se regularizará
- Regularizaciones practicadas en periodos impositivos anteriores al 2015 (aplicación del TRLIS): *«la retirada parcial del régimen especial de diferimiento .../... no es aplicable en 2013 por cuanto el precepto que lo establece es el art. 89.2, párrafo segundo, de la NLIS 27/2014, que entró en vigor el 1 de enero de 2015»*. Criterio del Tribunal Supremo y del TEAR de Valencia contrario a esta conclusión (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013, y resoluciones del TEAR de Valencia de 30 de noviembre de 2006)
- Fuente de discrepancias entre la Inspección –que aboga, con limitaciones, por regularizar la ganancia de patrimonio puesta de manifiesto con la transmisión de los activos- y el contribuyente –que defiende la posibilidad de regularizar otras cuestiones, ajenas a la ganancia de patrimonio-

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Regularización de la ventaja fiscal (III)

- A juicio de la Inspección, ¿en qué consiste eliminar “exclusivamente” los efectos de la ventaja fiscal?
 - Identificación de la ventaja fiscal con las reservas acumuladas y que, potencialmente, pueden ser transmitidas (vía dividendos o transmisión de participaciones) sin tributar
 - Limitar la ganancia de patrimonio puesta de manifiesto en el menor de los siguientes importes: **(i)** el importe de la ganancia calculada conforme a las normas del régimen fiscal general (art. 17 LIS, art. 37 LIRPF) o bien **(ii)** el importe de las reservas existentes en el momento anterior a la operación regularizada descontando las ya repartidas a las personas físicas al momento de la inspección
- Posibilidad del contribuyente de acreditar que la regularización más respetuosa con el principio de capacidad económica sea otra distinta a la mera regularización de la ganancia de patrimonio, esté o no limitada
- DGT V2214-23: «*debiendo eliminarse, en consecuencia, los efectos de la referida ventaja fiscal perseguida mediante la realización de la operación de reestructuración de que se trate, **distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas**, inherente al propio régimen, cuando la operación se hubiera realizado con la mera finalidad de conseguir tal ventaja fiscal.*»

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Regularización de la ventaja fiscal. Algunos casos prácticos (I)

- Personas físicas -cónyuges- que participan de forma directa en una serie de sociedades operativas, las cuales distribuyen sus excesos de tesorería vía reparto de dividendos –que tributan en el IRPF de los socios-. Llevan a cabo la reorganización de su patrimonio empresarial, de modo que aportan todas sus participaciones a una entidad *holding*.
- La Inspección retira la aplicación del régimen FEAC, por considerar que **(i)** con la aportación no dineraria no se lleva a cabo una racionalización o reestructuración de la actividad del grupo, y **(ii)** las cuestiones relativas al relevo generacional son cuestiones que afectan a los socios, y no al grupo empresarial. Respecto a la ventaja fiscal:
 - Identifica la ventaja fiscal con el *potencial* reparto de dividendos sin tributar
 - La ventaja fiscal se materializa en el importe de las reservas no distribuidas a la fecha de la operación
 - Regulariza la ganancia de patrimonio en el IRPF de los socios, limitada al importe de la ventaja fiscal —reservas no distribuidas, descontando el importe de los dividendos repartidos por la *holding* a los socios personas físicas—

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Regularización de la ventaja fiscal. Algunos casos prácticos (II)

- Grupo familiar que participa en la entidad *holding* de un importante grupo empresarial del sector inmobiliario
- Previo planteamiento de sendas consultas tributarias –resueltas de forma favorable–, los miembros del grupo familiar aportan sus participaciones en la holding a sus respectivas entidades para convertirlas en *supraholding*.
- La Inspección regulariza tales aportaciones no dinerarias, señalando lo siguiente:
 - Pese a contar con sendas consultas tributarias de la DGT favorables, su criterio no es definitivo, pues la Inspección debe comprobar concurrencia de una motivación económica y la ausencia de ventaja fiscal
 - La operación buscaba la obtención de una ventaja fiscal, consistente en el *potencial* reparto de dividendos de la entidad *holding* a las *supraholding* sin tributar (por aplicación del art. 21 LIS)
 - El importe de la ventaja fiscal se identifica con el importe de las reservas consolidadas del grupo inmobiliario
 - En este caso, se regulariza la ganancia de patrimonio en el IRPF de los socios aportantes, dado que la plusvalía diferida es inferior al importe de las reservas consolidadas del grupo

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Regularización de la ventaja fiscal. Algunos casos prácticos (III)

- Grupo familiar que decide aportar todo su patrimonio empresarial a favor de una entidad *holding*, desde la que gestionar y centralizar las actividades del grupo.
- En una de las sociedades aportadas participan socios terceros, con los que existe una mala relación que desemboca en situaciones de bloqueo. Para solventar esta situación se procede a la desinversión en dicha sociedad mediante la venta de las participaciones a la propia sociedad que compra en autocartera, llevando a cabo una reducción del capital social para amortizar la participación de la entidad *holding*, con devolución de aportaciones –patrimonio inmobiliario que constituye la sede social del grupo empresarial–
- La Inspección confirma la aplicación del régimen FEAC a la constitución de la entidad *holding* mediante aportaciones no dinerarias, salvo en lo relativo a la aportación de la entidad en la que participaban socios terceros. A juicio de la Inspección:
 - La situación de conflicto societario no puede constituir un motivo económico válido
 - Es irrelevante el dato de que se haya confirmado la aplicación del régimen FEAC para el resto de las aportaciones a favor de la entidad *holding*
 - Existe una ventaja fiscal, consistente en llevar a cabo una separación de socios sin tributar (por aplicación del art. 21.3 LIS)
 - Se identifica la ventaja fiscal con el importe que hubiera debido pagar la persona física aportante en caso de haber transmitido las participaciones que posteriormente son amortizadas por la entidad aportada
 - Como el importe de la plusvalía diferida es igual que el importe de la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de las participaciones sociales, se regulariza conforme a la primera de las magnitudes

Cuestiones discutidas por la Inspección de Hacienda

Regularización de la ventaja fiscal. Algunos casos prácticos (IV)

- Persona física que participa en varias sociedades del sector agroalimentario, que durante tres años lleva a cabo una reestructuración con diversas operaciones –constitución de una entidad *holding* mediante un canje de valores, y posterior escisión parcial para separar los activos inmobiliarios en una única sociedad-
- Años más tarde, surge la posibilidad de transmitir las participaciones de la filial industrial de la *holding* a favor de un tercero, no vinculado con el grupo empresarial.
- El contribuyente y la Inspección suscriben un Acta con acuerdo (art. 155 LGT):
 - La Inspección considera que existe una ventaja fiscal en la operación de canje de valores, consistente en la venta a un tercero de las participaciones de una de las filiales sin tributar (por aplicación del art. 21.3 LIS)
 - Se regulariza únicamente la ventaja fiscal, esto es, la aportación a favor de la *holding* de las participaciones sociales que posteriormente son transmitidas a un tercero
 - Debido a que con la regularización el socio aportante ha tributado en su IRPF, para evitar la situación de doble imposición que pudiera generarse en los futuros repartos de dividendos procedentes de las rentas que ya han tributado, se reconoce un crédito fiscal a favor del contribuyente



CUATRECASAS



economistas
Colegio de Valencia

Criterios jurisprudenciales y administrativos relevantes en materia del régimen FEAC



Criterios jurisprudenciales y administrativos relevantes en materia del régimen FEAC

Acreditación de la motivación económica válida de la operación

- Tribunal Supremo, sentencias de 30 de mayo de 2016, 13 de octubre de 2016 y 22 de diciembre de 2016, entre otras: la importancia de un dictamen pericial sobre la motivación económica válida
 - Se trata de un concepto jurídico indeterminado, con una fuerte trascendencia económica, que puede ser objeto de pericia
 - Permite esclarecer la comprensión del negocio, y la trascendencia de las operaciones
 - Aporta conocimientos técnicos y especializados, desde una perspectiva económica
- El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana es sensible a las conclusiones alcanzadas en la prueba pericial sobre la motivación económica válida de la operación (sentencia de 20 de julio de 2022, entre otras)
- Tribunal Supremo, sentencia de 31 de marzo de 2021: la apreciación de la ausencia de un motivo económico válido, debidamente motivada, hace innecesaria la tramitación del expediente de conflicto en la aplicación de la norma tributaria

Criterios jurisprudenciales y administrativos relevantes en materia del régimen FEAC

Aplicación de la cláusula anti abuso (I)

- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sentencia de 13 de junio de 2023: lo relevante no es determinar si existen o no motivos económicos válidos en la operación, sino si ésta se realizó con fines de “fraude o evasión fiscal”. En todo caso, conviene tener presente:
 - La práctica administrativa consiste no sólo en negar la inexistencia de motivos económicos válidos, sino también la obtención de una ventaja fiscal
 - Es práctica extendida por parte de los Tribunales de Justicia analizar si la operación cuenta o no con motivos económicos válidos (caso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana)
- Tribunal Supremo, sentencia de 5 de noviembre de 2015: si se prueba que los motivos principales de la operación han sido económicos, y la ventaja fiscal resulta accesorio, se debe admitir la aplicación del régimen fiscal especial (igualmente, Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia de 20 de julio de 2022)

Criterios jurisprudenciales y administrativos relevantes en materia del régimen FEAC

Aplicación de la cláusula anti abuso (II)

➤ Tribunal Supremo, sentencia de 16 de noviembre de 2022:

- Grupo de empresas que realiza una serie de operaciones en las que resulta de aplicación el régimen fiscal especial regulado en el Capítulo VIII Título VII del TRLIS
- La Inspección de Hacienda niega la aplicación del régimen fiscal especial con base en el art. 96.2 TRLIS: *«no siendo necesarias las escisiones para alcanzar el objetivo perseguido, sino que como era posible la enajenación de las acciones y tributar por las plusvalías generadas, estamos ante un supuesto de elusión fiscal por no haberse realizado esta operación en lugar de las escisiones»*
- El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y revoca la sentencia de instancia: *«La obtención de una ventaja fiscal, esta ínsita en el propio régimen de diferimiento .../... La ventaja fiscal, fura de los casos en los que se presente como objetivo espurio, es legítima dentro de la economía de opción, en los términos antes explicados; en el presente caso lo que se viene a reprochar es la simple obtención de la ventaja fiscal, el no haber tributado por las plusvalías, lo propio del régimen de diferimiento .../... esto es, estamos en presencia de lo que hemos reconocido como economía de opción a la inversa»*

Criterios jurisprudenciales y administrativos relevantes en materia del régimen FEAC

Aplicación de la cláusula anti abuso (III)

- La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022 precede al criterio de la DGT en la consulta vinculante V2214-23: *«debiendo eliminarse, en consecuencia, los efectos de la referida ventaja fiscal perseguida mediante la realización de la operación de reestructuración de que se trate, **distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas**, inherente al propio régimen, cuando la operación se hubiera realizado con la mera finalidad de conseguir tal ventaja fiscal.»*
- En todo caso, en sus últimos pronunciamientos la DGT se muestra reacia a pronunciarse de forma expresa sobre la concurrencia o no de una ventaja fiscal que pueda impedir la aplicación del régimen FEAC:

«Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que, siguiendo lo manifestado por la persona física consultante, la operación proyectada se habría realizado, entre otros fines, con el propósito de poder acceder a los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento tributario para la empresa familiar, en sede de la persona física consultante, lo cual debería ser tomado en consideración, por parte de los órganos competentes de comprobación, a efectos de determinar si la operación planteada se hubiera llevado a cabo con la finalidad de obtener una ventaja fiscal, en los términos previstos en el artículo 89.2 de la LIS.»
- Por lo tanto, necesidad de acreditar, caso por caso, la existencia o no de una ventaja fiscal en la operación controvertida

Criterios jurisprudenciales y administrativos relevantes en materia del régimen FEAC

Pronunciamientos relevantes en aportaciones no dinerarias / canjes de valores (I)

- Tribunal Supremo, sentencia de 13 de enero de 2011 (recurso de casación 1451/2006, asunto *Aguas de Mondariz*). Pese a tratarse de un supuesto muy específico (transmisión de las acciones de una sociedad española mediante un canje de valores a favor de una entidad belga, y posterior transmisión de estas acciones a un grupo empresarial español), lo relevante es que los razonamiento empleados por el Tribunal Supremo han influido en posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, del TEAC y de la Inspección de Hacienda

*«Pero es que en el caso que nos ocupa **un examen global de la operación permite concluir que la misma no se efectuó por motivos económicos válidos al no tener por finalidad la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participaron en la operación** sino que únicamente perseguía la transmisión de las acciones de AGUAS DE MONDARIZ FUENTE DEL VAL S.A. desde los socios anteriores -FUENTES DE MONDARIZ S.A.- al Grupo de empresas VICHY CATALÁN. Al existir la vehemente presunción de que el conjunto de operaciones llevadas a cabo **tiene como objetivo principal la elusión fiscal y no el intento de mejorar la estructura productiva u organizativa de la empresa en beneficio de la economía nacional**, pierde el derecho al régimen tributario contenido en la Ley 29/1991 , debiendo procederse, como así se hizo, a la regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo, dadas las circunstancias que rodearon a la operación controvertida.»*

Criterios jurisprudenciales y administrativos relevantes en materia del régimen FEAC

Pronunciamientos relevantes en aportaciones no dinerarias / canjes de valores (II)

- Tribunal Supremo, sentencia de 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 3944/2016, asunto *Lo Mónaco*). Se trata de uno de los primeros pronunciamientos judiciales de una aportación no dineraria efectuada por sendas personas físicas, a favor de dos entidades *holding* constituidas para llevar a cabo inversiones personales de los aportantes

«Sin embargo, analizadas en conjunto las diversas operaciones realizadas, de las que hay acreditación en el expediente administrativos, **entiende la Sala que no puede apreciarse la concurrencia de motivo económico válido en la aportación no dineraria** realizada por los Sres, Darío y Tarsila de sus respectivas participaciones sociales en LMH, SL, en las sociedades por cada uno de ellos constituidas meses antes. Y ello habida cuenta de que **con la referida operación la sociedad LMH no vio modificada ni su actividad productiva ni su organización estructural, sino que lo que se produce es un cambio en la titularidad de las participaciones sociales**, que pasa de ser detentada por las mencionadas personas físicas a pertenecer a las nuevas sociedades, las cuales reciben los beneficios económicos devengados por LMH; **cada una de las sociedades, ahora recurrentes, constituidas por las personas físicas socios de LMH emprende una serie de inversiones en el sector inmobiliario ajenas a lo que constituía y siguió constituyendo el objeto social y la actividad industrial de LMH**, realizando, asimismo, inversiones financieras. De tal manera que **las nuevas sociedades no continúan en ninguna rama de actividad que viniese realizando anteriormente LMH, y tampoco su constitución supone la reestructuración empresarial** de esta sociedad, lo único que asume cada una de ellas son precisamente aquellas funciones que la persona física que la constituye tenía atribuidas anteriormente, fijándose por dichos servicios la misma retribución que estos venían percibiendo de Lo Monaco Hogar.»

Criterios jurisprudenciales y administrativos relevantes en materia del régimen FEAC

Pronunciamientos relevantes en aportaciones no dinerarias / canjes de valores (III)

- TEAC, resolución de 8 de octubre de 2019 (R.G.: 1397/2016): criterio no reiterado y que según se informa en la base de datos del TEAC no constituye doctrina vinculante, pero que se viene citando por la Inspección en todas las regularizaciones practicadas en operaciones de aportación no dineraria / canje de valores
 - El TEAC sostiene que **los motivos económicos válidos deben versar sobre la mejora o racionalización de la actividad económica de las sociedades** implicadas **y no sobre aspectos de la esfera particular de los accionistas**.
 - Según el TEAC la **ventaja fiscal** consiste en interponer una holding para **evitar la tributación en el IRPF por los dividendos**. Hay una correspondencia cualitativa y temporal entre los préstamos y los dividendos. **Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2012 (asunto *Lo Monaco*)** para justificar que la interposición de la *holding* no implicó ninguna reorganización empresarial de las sociedades implicadas y sí permitió la aplicación de la deducción sobre los dividendos repartidos.



CUATRECASAS



economistas
Colegio de Valencia

Posibilidades de defensa de los contribuyentes



Posibilidades de defensa de los contribuyentes

La importancia de recopilar documentación relevante de la operación analizada

- Elaborar un *defense file* sobre la motivación económica válida de la operación desde el mismo momento en que ésta se proyecta
 - Recopilar magnitudes económicas de la sociedad y del grupo anteriores a la operación de reestructuración
 - Actas de la Junta de Socios y del Consejo de Administración, en su caso
 - Recopilar documentación relevante sobre las circunstancias particulares de los socios y que puedan tener incidencia en la operación de reestructuración
- Pese a la posibilidad de aportar elementos de prueba en la posterior vía económico-administrativa y judicial, valorar la oportunidad de aportar ante la Inspección toda la documentación relevante en cuanto a la motivación económica de la operación
- Valorar la conveniencia o no de aportar informes periciales ante la propia Inspección

Posibilidades de defensa de los contribuyentes

Cuestiones a tener en cuenta una vez regularizada la situación tributaria de los contribuyentes

- Cuestiones relativas a la competencia de los Tribunales Económico-Administrativos y de Justicia
 - Procedimiento económico-administrativo abreviado u ordinario en función de la cuantía de la regularización
 - Reclamación económico-administrativa *per saltum* ante el TEAC, o recurso de alzada ante éste Tribunal, en caso de que la cuantía sea superior a 150.000 euros
 - Recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de la Comunidad Autónoma correspondiente, o ante la Audiencia Nacional
- ¿Los socios aportantes –personas físicas- pueden plantear cuestiones relativas a la retirada del régimen FEAC? Consideramos que sí, pero en todo caso, se deben recurrir los Acuerdos de liquidación de las entidades beneficiarias de la operación, aun cuando la cuota de la regularización sea de 0,00 euros
- Importancia de los informes periciales sobre la motivación económica válida de la operación (Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia de 20 de julio de 2022)

Posibilidades de defensa de los contribuyentes

Argumentos relativos a la ventaja fiscal (I)

- Recae sobre la Administración la obligación de acreditar la existencia de una ventaja fiscal (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 8 de marzo de 2017, asunto *Europark*).
- La ventaja fiscal no puede ser el diferimiento de la tributación:
 - Tribunal Supremo, sentencia de 16 de noviembre de 2022: *«La obtención de una ventaja fiscal, está ínsita en el propio régimen de diferimiento, puesto que se caracteriza por su neutralidad fiscal»*
 - Consulta de la DGT V2214-23: *«sólo podrá regularizarse la ventaja fiscal perseguida cuando haya quedado acreditado que la operación realizada tuviera como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal .../... debiendo eliminarse, en consecuencia, los efectos de la referida ventaja fiscal .../... distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas»*
- No es admisible la motivación de la ventaja fiscal construida sobre la base de una “economía de opción inversa”

Posibilidades de defensa de los contribuyentes

Argumentos relativos a la ventaja fiscal (II)

- Son muy discutibles algunos de los argumentos empleados por la Inspección respecto al reparto de dividendos sin tributación y su “remanso” en la entidad *holding*, si **(i)** se destinan a adquirir nuevas inversiones empresariales, o **(ii)** se distribuye una parte de los dividendos a los socios personas físicas
- Entonces, ¿cuál podría ser la ventaja fiscal que debería regularizarse?:
 - Los dividendos distribuidos y que no han tributado ex art. 21 LIS, siempre y cuando se destinen para la adquisición de bienes para uso personal de los socios de la entidad que recibe los dividendos
 - La propia aplicación del art. 21 LIS (exención en el reparto de dividendos) o del art. 21.3 LIS (exención de la renta por la transmisión) en las entidades beneficiarias de la aportación no dineraria, siempre que se acredite por la Administración que concurría un ánimo espurio con la operación

Posibilidades de defensa de los contribuyentes

Otras cuestiones relevantes (I)

- Vinculación de la Inspección de Hacienda al criterio manifestado por la DGT en sus consultas vinculantes
 - Principios de seguridad jurídica y confianza legítima
 - Consultas planteadas por el propio contribuyente vs consultas planteadas por otros contribuyentes
- Incidencia del Derecho de la Unión Europea y del TJUE en la aplicación del régimen FEAC
- Tasación Pericial Contradictoria en caso de discrepancia con la valoración de los activos que son objeto de transmisión en la operación de reestructuración empresarial

Posibilidades de defensa de los contribuyentes

Otras cuestiones relevantes (II)

- Reconocimiento de un crédito fiscal a favor del contribuyente, si la regularización pueda generar situaciones de doble imposición
 - Aspecto no contemplado de forma expresa en la LIS, pero sí en varios principios que deben regir la aplicación del sistema impositivo (capacidad económica, prohibición de un enriquecimiento injusto de la Administración...)
 - La Inspección, en diversas ocasiones, ha accedido al reconocimiento del crédito fiscal con la suscripción de Actas con acuerdo (art. 155 LGT)
 - ¿Cómo se lleva a cabo el reconocimiento del crédito fiscal? Rectificación de autoliquidación y/o no práctica de retenciones
 - Necesidad de identificar el origen de las reservas distribuidas



economistas
Colegio de Valencia

Muchas gracias

Salvador José Llopis Nadal

Socio del área de Litigación Tributaria

salvador.jose@cuatrecasas.com

Rubén Díez Esclapez

Asociado Principal del área de Litigación Tributaria

ruben.diez@cuatrecasas.com

La información contenida en esta presentación ha sido obtenida de fuentes generales, es meramente expositiva y debe ser interpretada conjuntamente con las explicaciones que la acompañan. Esta presentación no pretende constituir en ningún caso un asesoramiento jurídico.

The information provided in this presentation has been obtained from general sources. It is for guidance purposes only and should be interpreted in relation to the explanations given. This presentation does not constitute legal advice under any circumstances.

A informação contida nesta apresentação foi obtida de fontes gerais, é meramente expositiva, e tem de ser interpretada juntamente com as explicações que a acompanham. Esta apresentação não pretende, em nenhum caso, constituir uma assessoria jurídica.

