

Facultade de Derecho
Universidade de A Coruña

CONSECUENCIAS FISCALES DERIVADAS DE
OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN
EMPRESARIAL



TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Curso 2015-2019

Alumno: Sergio Peñamaría Rivas

Tutor: Antonio Legerén Molina

ÍNDICE:

I. Abreviaturas.....	4
II. Supuesto de hecho.....	5
III. Cuestiones.....	7
1. Pregunta nº1.....	7
1.1 Problemática en la armonización entre normativa mercantil y fiscal.....	7
1.2 Calificación mercantil de la operación realizada: la fusión gemelar.....	8
1.2.1 Introducción.....	8
1.2.2 Particularidades de la fusión gemelar desde la perspectiva mercantil.....	9
1.3. Regímenes fiscales del Impuesto de Sociedades aplicables a la fusión gemelar.....	11
1.3.1 Dos opciones: régimen especial y régimen general.....	11
1.3.2 Contenido del régimen fiscal especial del Capítulo VII de la LIS.....	12
1.3.2.1 Posibilidad de acogimiento al régimen fiscal especial.....	12
1.3.2.2 Exigencia legal de motivación económica suficiente.....	13
1.3.2.3 Supuesto en el que empresa transmitente aplique otro régimen.....	15
1.3.3 Contenido del régimen fiscal general y aplicación del mismo.....	15
1.4. Conclusión.....	17
2. Pregunta nº2.....	18
2.1 Fuentes de financiación ajenas a la propia empresa.....	18
2.1.1 Proliferación de mecanismos de financiación externos.....	18
2.1.2 Tratamiento fiscal general de los gastos financieros.....	19
2.1.3 Tipología de vías de financiación ajenas a la empresa.....	20
2.2 Dos mecanismos para la financiación de operaciones de reestructuración.....	21
2.2.1 Financiación externa respecto al grupo empresarial.....	21
2.2.2 Préstamo intragrupo.....	23
2.3. Potencial solución: préstamos participativos y su tratamiento fiscal.....	24
2.4. Conclusión.....	26

3. Pregunta nº3.....	27
3.1. Concepto de Doble Imposición.....	27
3.1.1 <i>Introducción.....</i>	27
3.1.2 <i>Doble imposición económica y doble imposición jurídica.....</i>	28
3.1.3 <i>Problemática que suscitan los supuestos de doble imposición.....</i>	29
3.2. Doble Imposición Internacional.....	30
3.3. Supuesto de Cuba Mia, S.L.....	31
3.4. Supuesto de West Africa, S.L.....	33
3.5. Conclusión.....	35
4. Pregunta nº4.....	36
4.a) Tributación de retribución de consejeros en España.....	36
4.a)1. <i>Sistemas retributivos en las sociedades mercantiles.....</i>	36
4.a)2. <i>Regulación mercantil de los sistemas retributivos.....</i>	36
4.a)3. <i>Tributación de las remuneraciones en el IS.....</i>	39
4.a)4. <i>Tributación de las remuneraciones en el IRPF.....</i>	40
4.b) Tributación por la opción de compra de acciones.....	41
IV. Conclusiones finales.....	44
V. Bibliografía.....	46

I. ABREVIATURAS:

- Art.: artículo.
- Cc: Código Civil.
- Ccom.: Código de Comercio.
- Cfr(s).: confrontado(s).
- CV: Consulta Vinculante.
- DGT: Dirección General de Tributos.
- IRPF: Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas.
- ICAC: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
- IS: Impuesto sobre Sociedades.
- LIS: Ley de Impuesto sobre Sociedades.
- LME: Ley de Modificaciones Estructurales.
- OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.
- RD: Real Decreto.
- Resol.: resolución.
- RIS: Reglamento del Impuesto de Sociedades.
- S.A.: Sociedad Anónima.
- S.L.: Sociedad Limitada.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TAE: Tasa Anual Equivalente.
- TEAC: Tribunal Económico Administrativo Central.
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TRLSC: Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- TS: Tribunal Supremo.

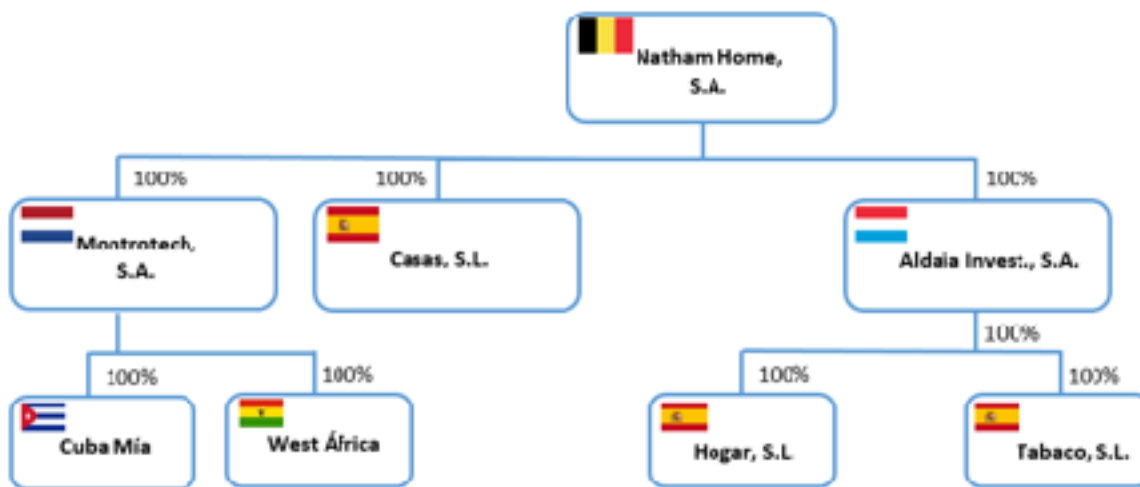
II. SUPUESTO DE HECHO:

Natham Home, S.A. (en adelante, “Natham Home”) es una sociedad residente fiscal en Bélgica, cabecera de un grupo multinacional. Entre las empresas que conforman el grupo internacional de Natham Home se encuentra la empresa española Casas, S.L. (en adelante, “Casas”), participada al cien por cien por Natham Home y que realiza la actividad de agencia inmobiliaria, pero que carece de inmuebles.

Natham Home participa, además, en la entidad Montrotech, S.L. (en adelante, “Montrotech”), empresa residente en Holanda, que a su vez participa al cien por cien en la entidad cubana, Cuba Mia (en adelante, “Cuba”) y en la entidad residente en Ghana, West África (en adelante, “WA”).

En aras de ampliar el grupo, Natham Home adquiere al grupo luxemburgués Aldaia Investments, S.A. (en adelante, “Aldaia”), el cual participa, entre otras, al cien por cien en la entidad española Hogar, S.L. (en adelante, “Hogar”), que tiene múltiples inmuebles en su balance para su arrendamiento (lo cual constituye su objeto social) y, en la entidad española Tabaco, S.L. (en adelante, “Tabaco”)

El esquema del grupo internacional, una vez Natham Home adquiere al grupo luxemburgués, es el siguiente:



Tras la adquisición del grupo Aldaia, se desea llevar a cabo una reorganización del grupo multinacional para lograr una mayor eficiencia en su gestión y reducir costes.

Para ello, en primer lugar, pretende integrar las sociedades Casas, S.L. y Hogar, S.L., pues realizan actividades complementarias.

Además, para optimizar la organización del grupo y debido a la falta de liquidez de Montrotech, Tabaco S.L. adquirirá las participaciones de Cuba Mía y de West África. En este sentido, Tabaco, S.L., para llevar a cabo dicha adquisición, se plantea pedir un préstamo al grupo o a una entidad bancaria, sin haberlo decidido aún.

Por último, se deberá tener en cuenta que como consecuencia de la adquisición del grupo Aldaia, se han producido cambios en los consejos de administración de las entidades españolas Hogar y Tabaco.

co, designándose nuevos consejeros. Los consejeros salientes eran a su vez directivos de las sociedades y ejecutaron a su salida opciones de compra de Aldaia que se les habían otorgado en el año 2015, recibiendo acciones de dicha compañía por valor de 15.000 euros cada una.

III. CUESTIONES:

1- Se pregunta por la alternativa más adecuada desde un punto de vista fiscal para llevar a cabo la integración de las empresas españolas Casas y Hogar.

1.1. Problemática en la armonización entre normativa mercantil y fiscal

En la labor de prestar asesoramiento fiscal y financiero a entidades mercantiles, el objetivo debe ser siempre buscar la mayor optimización de la carga fiscal dentro de los márgenes legales, tratando de sortear riesgos que puedan hacer peligrar las operaciones llevadas a cabo en la práctica mercantil. La principal dificultad existente a la hora de abordar las consecuencias tributarias de cualquier negocio jurídico es, precisamente, la conciliación entre la normativa mercantil y la fiscal. La operación que se realice deberá asociarse a una concreta calificación mercantil para después integrarla en la figura tipificada que le corresponda en la normativa tributaria y así analizar sus consecuencias fiscales, sin perjuicio de que pueda surgir cierta disonancia entre ambos ordenamientos.

Particularmente, en la legislación mercantil, las operaciones destinadas a la reestructuración empresarial son reguladas, en el ámbito mercantil, por la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante la LME). Las operaciones abarcadas por el ámbito de aplicación de esta ley se describen en su preámbulo como las “alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo”¹. Esta norma viene a trasladar la regulación comunitaria en esta materia a la legislación nacional, estableciendo ciertas especificaciones acerca de los cambios de domicilio social dentro de la Unión Europea y las fusiones transfronterizas². Asimismo, la promulgación de la LME constituye además un claro intento por alcanzar una mayor coordinación, tanto a nivel interno dentro de la propia normativa mercantil como a nivel externo ofreciendo un criterio más unificador respecto a las disposiciones en materia tributaria³.

Por otra parte, en el marco normativo fiscal, el tratamiento de las reestructuraciones empresariales viene ya asentado desde un momento anterior a la promulgación de la LME. Las rentas generadas o transmitidas a raíz de esta clase de operaciones resultan gravadas por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades (en adelante LIS). Estas rentas integran la base imponible del IS como resultado de la existencia de una transmisión patrimonial. Para las modificaciones

¹ Resulta especialmente ilustrativa la Sentencia 682/2016, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 21/11/2016- Roj: STS 5136/2016- ECLI: ES:TS:2016:5136-, en cuanto a conceptualización de las modificaciones estructurales “traslativas” y su protección en el ámbito jurídico mercantil.

² Se integran en el marco legislativo nacional dos normativas europeas: Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de noviembre de 2007, relativa a los requisitos de fusiones y escisiones de sociedades anónimas (primordialmente en lo referente a la realización de informe por experto independiente).

³ VIVES RUIZ, F. Y TAPIAS MONNÉ A., “Artículo sobre la ley de modificaciones estructurales”, InDret 4/2013: “Frente a la tradición de normas que regulaban cada uno de los tipos solitarios [RD1569/1989, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada] la LME pretendía, aún sin conseguirlo plenamente, regular estas operaciones siempre que los intervinieros fueran sociedades mercantiles, cualquiera que fuera su tipo social.”

estructurales de las sociedades mercantiles se prevé un régimen especial, conocido como régimen de diferimiento, contenido en el Capítulo VII del Título VII de la ley.

Sin embargo, la LIS y la LME no parecen alcanzar un criterio común acerca de la calificación de las operaciones que pueden acogerse a dicho régimen. De esta disonancia surge gran parte de las complicaciones para deducir las consecuencias fiscales de un negocio mercantil, proponiendo cada norma su propia definición de operación destinada a la modificación estructural⁴. Debe destacarse en esta línea la relevancia alcanzada por las consultas vinculantes formuladas por la Dirección General de Tributos (en adelante DGT) para adaptar la ley a la realidad jurídico-mercantil del momento⁵.

En síntesis, a pesar de los intentos de la LME por armonizar la normativa mercantil con la fiscal, se puede observar que ambos marcos legislativos continúan manteniendo un desarrollo paralelo e independiente que no necesariamente coincide en los aspectos más fundamentales. A pesar de esta disonancia, la labor interpretativa de la Administración Tributaria y de la jurisprudencia trata de hacer primar el principio de unidad del ordenamiento jurídico. De esta manera, siempre y cuando un negocio pueda ajustarse a los criterios y requisitos fijados por la norma mercantil, que en este caso funcionará como base interpretativa, se procederá a ajustar la calificación mercantil a la tributaria correspondiente, supeditando de esta manera una a la otra y situándose, la norma mercantil, como antecedente necesario de la calificación fiscal⁶.

1.2. Calificación mercantil de la operación realizada: la fusión gemelar

1.2.1. Introducción

En el caso que se examina, se plantea que dos sociedades limitadas españolas (Casas, dedicada a la promoción inmobiliaria, y Hogar, con objeto social orientado al arrendamiento de inmuebles) desean integrarse en una única sociedad. Ambas sociedades se encuentran íntegramente participadas por una tercera común, Natham Home S.A., y han optado por fusionarse para optimizar recursos en base a que realizan actividades complementarias y una dispone de activos inmuebles mientras que la otra no.

El objetivo de integrar varias sociedades en una única casa con la definición de “fusión”, contenida en el artículo 22, Título II, de la LME: *“la operación a través de la cual dos o más sociedades inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante”*.

⁴ Cfrs. Artículos 22 y siguientes de la LME y artículo 83 LIS respectivamente, en cuanto a operaciones de reestructuración.

⁵ La fuerza vinculante de las disposiciones emitidas por la Agencia Tributaria les es atribuida por el art.89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que determina los efectos concretos que adquiere.

⁶ La problemática sobre la armonización entre normativa mercantil y fiscal es abordada con especial atención en el artículo de PRADA LARREA, J.L., *“Estudios en Consecuencias fiscales del Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales”*, Revista Técnica Tributaria [julio-septiembre 2009].

De la definición legal se deduce que la motivación principal suscitada por las empresas es la de agrupar sus patrimonios, lo cual constituye el factor clave de la fusión. Por norma general, para su realización deberán concurrir tres condiciones exigidas por ley: la transmisión por sucesión universal del total del patrimonio, tanto el activo como el pasivo, a la empresa resultante de la fusión; la consiguiente extinción de la sociedad que haya transmitido efectivamente la totalidad de su patrimonio; y, por último, siendo este punto más controvertido, la continuidad por parte de los socios de las sociedades extinguidas en la condición de tales en la entidad resultante, lo cual se producirá por medio del canje de acciones o participaciones de una por las de otra.

La LME pone a disposición de las entidades mercantiles, en su artículo 23, dos mecanismos para llevar a cabo la fusión: el primero es la “fusión por absorción”, en la que una sociedad, ya existente, adquirirá por sucesión universal la totalidad del patrimonio de otra(s), la cual se extinguirá, procediendo al aumento de capital en la absorbente con el canje de participaciones o acciones que corresponda. El segundo es la “fusión por creación de nueva sociedad”: las sociedades que desean fusionarse transmiten su patrimonio a una nueva que adquiere la totalidad de sus activos y pasivos por sucesión universal.

Atendiendo a las peculiaridades del caso concreto, se observa que tanto Casas como Hogar se encuentran participadas íntegramente por una misma sociedad, de forma directa e indirecta respectivamente, formando parte del mismo grupo empresarial. Esta situación se enmarca dentro del subtipo de fusiones conocidas como “impropias”, las cuales abarcan los casos de operaciones asimiladas a la fusión por absorción de sociedades íntegramente participadas entre sí o por terceros⁷. El artículo 52 LME extiende las reglas generales de la fusión por absorción a las fusiones ejecutadas entre “sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio”⁸. Esta tipología se conoce como fusión gemelar u horizontal y presenta ciertas especificidades en su ejecución respecto a las consecuencias inherentes a la fusión genérica por absorción.

1.2.2. Particularidades de la fusión gemelar desde la perspectiva mercantil

Podría decirse que son dos los grandes obstáculos ante los que nos encontramos en la ejecución del procedimiento general de fusión, ya sea por absorción o creación de nueva empresa. El primero, es la necesidad de resolver la “ecuación de canje”, orientada al intercambio de participaciones o acciones de las empresas transmitidas a la resultante para materializar la continuidad de la participación de los socios. El segundo es el aumento de capital que efectuará la sociedad tras la integración del patrimonio de las transmitentes. A todo ello se añade la complicación que supone el procedimiento legal para la elaboración, aprobación y ejecución del proyecto de fusión (especialmente la tramitación del informe de experto).

⁷ Se recogen en los artículos 49 a 52 LME las fusiones impropia, gemelar u horizontal e inversa. Anteriormente recogidas en el artículo 250 de la Ley de Sociedades Anónimas, actualmente derogado. En estos artículos se establecen procedimientos “abreviados” para proteger este tipo de operaciones entre empresas que se mantienen participadas entre sí, ofreciendo mecanismos legales más favorables para las entidades integrantes del grupo empresarial.

⁸ Debemos apuntar que con anterioridad a la LME, el art.250 de la LSA recogía la expresión “tercera [sociedad]” en lugar de “mismo socio” por lo que se generó, en el seno de la Administración Tributaria, cierta controversia doctrinal, actualmente superada, acerca de la exigencia de que las sociedades participadas íntegramente lo estuviesen respecto a una misma sociedad, y no por un mismo socio (abarcando esta expresión tanto personas físicas como jurídicas) para determinar el régimen fiscal al que se debía acoger la operación. Fruto de dicho debate son las Consultas Vinculantes de la DGT CV 2413-06 y CV 0011-07.

Sin embargo, en el caso de empresas “hermanas” que participen en una fusión gemelar, la interpretación normativa asentada, tanto por parte de la Administración como por la jurisprudencia, ha considerado que la situación patrimonial del socio o sociedad que participe en ellas íntegramente no se modifica realmente. De esta manera, ciertos aspectos en torno a la problemática anteriormente mencionada puedan evitarse, sorteando así, como veremos a continuación, los obstáculos derivados del negocio jurídico.

En primer lugar, tras llevar a cabo una fusión por absorción del artículo 23 LME se prevé que los socios de las sociedades extinguidas se integren en la sociedad absorbente y que les sea otorgado, como contraprestación, un número de acciones o participaciones, en proporción a su respectiva contribución a las sociedades transmitentes, cuya valoración debe ser calculada de acuerdo a las normas previstas en la propia ley, resultando su cálculo en la práctica enormemente conflictivo por los diversos intereses enfrentados⁹. Para paliar eventuales divergencias, se ha previsto legislativamente, dentro de las fases del proceso de fusión, el requerimiento del denominado “informe de experto independiente”, el cual estudiará el proyecto común atendiendo concretamente al tipo de canje que deba fijarse, a pesar que dicha consulta solo resulta preceptiva en los supuestos de fusión que den lugar a una sociedad anónima o comanditaria¹⁰. No obstante, la ley permite prescindir del informe de experto si así lo deciden por unanimidad los socios de todas las sociedades participantes en la fusión. En el caso de las fusiones gemelares, se presume que concurre esta última previsión al encontrarse ambas sociedades participadas íntegramente de forma indirecta por una tercera y constituir un mismo grupo empresarial con intereses comunes.

En segundo lugar, una vez fijado el tipo de canje, deberá procederse a ejecutarlo mediante la ampliación de capital de la nueva sociedad o sociedad absorbente. No obstante, la situación horizontal mantenida entre las empresas fusionadas (Casas y Hogar) provoca que la mentada ampliación no resulte preceptiva. La situación patrimonial de la tercera sociedad participante en ambas no varía realmente y, por ello no tienen lugar en la práctica las transmisiones de capital dentro del mismo grupo empresarial a causa de la operación de reestructuración. Por otra parte, tampoco sería económicamente rentable puesto que, de llegar a producirse, el aumento de capital pasaría a computar en el patrimonio societario para el cálculo de la reserva patrimonial que la ley exige mantener a las sociedades mercantiles, limitando en gran medida sus derechos de libre disposición. En esta línea, el artículo 49.3 por remisión del artículo 52.1 de la LIS establece la posibilidad de eludir el aumento de capital social en la entidad absorbente, pudiendo disponerse, en el acuerdo de fusión, que la sociedad absorbente mantenga la cifra de capital social que ostentase con anterioridad a la fusión. De esta manera, puede evitarse el aumento de capital por parte de la sociedad absorbente, reflejando el aumento de patrimonio en cuestión como una reserva frente al capital social, pudiendo destinarse ésta a otros fines, salvo que existiesen pérdidas previas que debiesen satisfacerse con carácter prioritario. En resumidas cuentas, la valoración neta del patrimonio que por sucesión univer-

⁹ El artículo 25 de la LME relativo al cálculo del tipo de canje presenta la posibilidad de percibir una compensación monetaria en caso de que el valor de las nuevas acciones o participaciones no alcanzase a satisfacer el aportado.

¹⁰ La doctrina jurisprudencial señala la exigencia de que “se haya justificado el tipo de canje de las acciones, en coherencia con lo que se previene en los artículos 228.3a y 230.4o del Reglamento del Registro Mercantil . La referencia a “los métodos seguidos” para establecer el tipo de canje está orientada a que los expertos evalúen la corrección de la propuesta sobre el tipo de canje que se indica en el Proyecto de fusión (artículo 235 .b) LSA), y señalen, en su caso, las dificultades de valoración, extremos sobre los que ha de recaer pronunciamiento expreso en el Informe de los Administradores (artículo 237 LSA)”- STS 118/2007-ECLI:ES:TS:2007:823 sobre la valoración del tipo de canje en una fusión por absorción.

sal reciba la absorbente se destinará a dotar a las cuenta de reservas voluntarias. Al no producirse aumento de capital alguno, se evita el canje de participaciones¹¹.

1.3. Regímenes fiscales del Impuesto de Sociedades aplicables a la fusión gemelar.

1.3.1. Dos opciones: régimen especial y régimen general.

Una vez identificadas las posibilidades existentes en el marco jurídico mercantil, ha de trasladarse la operación al ámbito tributario para conocer sus consecuencias fiscales. La operación efectuada por las sociedades en ella intervinientes les generará una serie de rentas que serán susceptibles de ser gravadas por algún tributo, puesto que constituyen una manifestación externa de riqueza. En principio, las rentas percibidas a través de una operación de reestructuración resultarán integradas, según la normativa fiscal específica, en la base imponible del IS por el que tribute la sociedad receptora. Partiendo de esta base, será prioritario encontrar el régimen fiscal más favorable para la entidad, y el entramado empresarial en abstracto, a la hora de liquidar el impuesto de sociedades. A tal efecto, se debe tener presente que el tratamiento fiscal de una situación particular siempre debe acoger una perspectiva integral.

Sin perjuicio de que la ley reguladora del Impuesto de Sociedades en su Título VII, Capítulo VII, fije un régimen específico para gravar las rentas originadas a raíz de operaciones de reestructuración empresarial como las fusiones, ésta normativo no resulta de aplicación automática. Antes de determinar si resulta aplicable se tiene que analizar el propio concepto que la normativa fiscal regula como fusión, de manera que no podemos limitarnos a equiparar la definición adoptada en el marco normativo mercantil al tributario ni viceversa. Una vez identificada la figura mercantil, deberá observarse si coincide con la figura recogida en el ámbito tributario para determinar el régimen fiscal concreto que resulte de aplicación.

La empresa resultante de la fusión se encuentra ante la elección, en principio, de acogerse al régimen general de tributación por el impuesto de sociedades o bien al régimen especial especificado en el Título VII de la LIS orientado a las operaciones de reestructuración especial.

El contribuyente involucrado en una operación de reestructuración dispondrá principalmente de los dos regímenes fiscales expuestos, el general y el especial del Título VII para modificaciones estructurales, entre los que podrá optar por acogerse al que le resulte más beneficioso. A continuación, se analizará el contenido de ambos regímenes aplicables a la “fusión gemelar”, así como las posibilidades de acogerse a cada uno de ellos, señalando los efectos que suponen respecto a su tratamiento fiscal.

¹¹ La Resolución vinculante de la DGT, CV 0497-14, de 25 de febrero de 2014: “En este caso particular en donde la sociedad absorbida y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa, no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos. En efecto, aún cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio en las entidades que participan en la operación, la situación patrimonial de éste no varía sustancialmente ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de fusión, con la particularidad de que el valor de la participación en la absorbida incrementa el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión, cumpliéndose así la neutralidad requerida”. En esta misma línea la CV 0174/08 de la Dirección General Tributaria.

1.3.2. Contenido del régimen fiscal especial del Capítulo VII, Título VII, de la LIS

1.3.2.1. Posibilidad de acogimiento al régimen especial en supuestos de fusiones gemelares

Es esencial comprender que la motivación para fijar un régimen especial que resulte de aplicación en las operaciones de reestructuración empresarial, es permitir que las empresas la reorganicen y racionalicen sus propias actividades, siempre manteniendo el principio de neutralidad fiscal. Es decir, sin que ello suponga favorecerlas discrecionalmente de algún modo en el tratamiento tributario al que se acojan, ni tampoco desincentivarlas en el ejercicio de dicha opción. En orden a conseguir esta neutralidad, la LIS prevé ciertas especificaciones respecto a la liquidación del Impuesto de Sociedades, detallando los mecanismos de tributación de ciertas rentas obtenidas a partir de la operación, así como la valoración fiscal de las mismas¹².

El objetivo principal del régimen especial previsto en la LIS consiste en diferir el gravamen sobre las rentas originadas a raíz de las operaciones de reestructuración recogidas en la ley. De este modo, se protege y blinda este tipo de operaciones para que con posterioridad, cuando los activos obtenidos sean objeto de transmisión fuera del patrimonio de la entidad absorbente, éstos puedan ser gravados efectivamente, es decir, tomando en consideración las plusvalías asociadas a los mismos que hayan sido acumuladas desde la adquisición inicial por la entidad transmitente. El régimen se sirve de dos mecanismos para ejecutar el diferimiento del gravamen. El primero es la exención de la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión patrimonial. El segundo es que el criterio para la valoración fiscal a la que estén sujetos los elementos adquiridos: no se atiende al valor de mercado de los activos y pasivos transmitidos, como sucedería en el régimen general, sino que se mantendrá el que éstos ostentasen con anterioridad a la transmisión¹³.

Si bien es cierto que la LIS prevé un régimen específico para los supuestos de operaciones destinadas a modificaciones estructurales de sociedades, incluyendo entre éstas las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social, es la propia ley la encargada de fijar las definiciones de cada uno de estos negocios jurídicos para su identificación y regulación en el marco normativo tributario, prescindiendo de la calificación mercantil que el ordenamiento les atribuya. Además también se establecen en la propia norma condiciones adicionales exigidas para la aplicación de este régimen.

El primer paso será analizar si las características de la fusión mercantil se han trasladado a la legislación fiscal para determinar si la operación es considerada como fusión de acuerdo a la interpretación de la misma. Resulta de aplicación el artículo 76.1 de la LIS establece que a efectos fiscales tendrán consideración de fusión las operaciones por la cual *“[...] c) Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital*

¹² La regulación de el régimen de diferimiento se desarrolla en los artículos 77 y siguientes del Capítulo VII, sobre el Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro, de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades.

¹³ El sistema de amortizaciones aplicable a los activos obtenidos a efectos fiscales variará en función de que ambas entidades estuviesen acogidas al mismo régimen fiscal o a diferentes, en cuyo caso no se mantendría el mismo sistema de amortizaciones para los bienes transmitidos, viéndose obligada la absorbente a fijar un nuevo plan de amortización.-CV 1720/S010 DGT.

*social*¹⁴”. De acuerdo a múltiples resoluciones vinculantes de la DGT, el artículo 76 extiende sus efectos también a las fusiones gemelares.

Adicionalmente, la posibilidad de acogimiento al régimen especial opera de forma subordinada al cumplimiento de los requisitos de tributación y territorialidad. Por lo que se refiere al carácter subjetivo, la entidad sujeta al tributo no debe encontrarse exenta ni de forma total (Administración Pública) ni parcial (entidad no lucrativa). Es decir, se exige que tribute efectivamente, condición que en este caso se cumple al tratarse de entidades privadas con fines lucrativos, como puede deducirse de sus respectivos objetos sociales. Asimismo, debe reunir alguno de los requisitos de territorialidad recogidos en el artículo 77 de la LIS para que las rentas puedan ser efectivamente gravadas. En el presente supuesto, ambas entidades, transmitente y absorbente tienen su domicilio en España y todo el patrimonio transmitido se encuentra en el país. Al cumplirse ambos requisitos, el Estado ostenta la potestad de gravar las rentas obtenidas o transmitidas por sujetos pasivos que desarrollen actividades dentro de su territorio.

Para proceder a la aplicación del régimen especial para fusiones, se tendrá que tomar en consideración que la realización de las operaciones establecidas en el artículo 76 y siguientes de la Ley del Impuesto de Sociedades estará sujeta siempre a la preceptiva comunicación a la Administración Tributaria, por parte de la entidad absorbente.

1.3.2.2. Exigencia legal de motivación económica suficiente

Se infiere de la normativa tributaria que la motivación del régimen especial del Capítulo VII es el principio de neutralidad tributaria. Según la Consulta Vinculante V1678-18, de 13 de junio de 2018 de la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Jurídicas “el fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos¹⁵, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral en esas operaciones”. A pesar de que la fusión gemelar reuniera los requisitos legales exigidos por la norma tributaria, la Administración tributaria ha mantenido tradicionalmente cierto escepticismo a aplicar este régimen a las mismas, fundamentando su criterio en que, al no producirse un efectivo aumento de capital, no se reunían los requisitos fiscales del artículo 76 LIS. Este razonamiento jurídico nace como medida de la Agencia Tributaria para evitar que las empresas se acoja al régimen especial por el mero hecho de tributar a un tipo impositivo inferior al general. Se trata de impedir que este régimen favoreciese la evasión fiscal, convirtiendo este tipo de fusiones en mecanismos para generar plusvalías latentes en las participaciones más antiguas de la sociedad, amortizando los títulos de más reciente titularidad.

¹⁴ Inicialmente, parte de la doctrina discutió la procedencia de admitir las fusiones efectuadas por empresas participadas íntegramente por un mismo socio persona física por no considerarlas ajustadas a los requisitos legales. Esta interpretación cesó con la entrada en vigor de la LME, que ampliaba el espectro de fusión impropia y extendía la aplicación del régimen a las fusiones horizontales. Prueba de ello es la Consulta del 9 de diciembre de 2009 (V2690-09).

¹⁵ El criterio de motivación económica válida no solo obtiene su reconocimiento e interpretación en sede administrativa sino también en sede judicial a través de numerosas resoluciones. Sirven de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de fecha de 15 de abril de 2013, STS 2588/2013 de 27 de mayo de 2013, y la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del 6 de junio de 2013- ROJ 2013/4748.

Actualmente, la interpretación que realiza la Dirección General Tributaria de la ley extiende también este régimen a las fusiones impropias de sociedades participadas íntegramente por una tercera. El fundamento de este nuevo planteamiento se basa en que la situación patrimonial de la sociedad absorbente no varía realmente, puesto que el valor de la participación en la absorbida se limita a incrementar proporcionalmente el valor de la participación en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión.

Como consecuencia del citado principio de neutralidad, la propia ley prohíbe la adopción del régimen en ciertas circunstancias. Concretamente, el artículo 89.2 LIS impide su acogimiento a las entidades mercantiles 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”*. En consecuencia, no se aplicará el régimen cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades participantes en la operación. Las actuaciones de la Administración tributaria que determinen la no aplicación del régimen por la inexistencia de motivos suficientes, estarán destinadas a eliminar exclusivamente la ventaja fiscal obtenida. La operación de fusión, según la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Jurídicas, debe basarse en determinados motivos económicos, radicando estos en:

“- Simplificar y racionalizar la estructura societaria, reduciendo las obligaciones administrativas, mercantiles y fiscales, mientras que, paralelamente, se reducen los costes de mantenimiento de dicho entramado empresarial.

- Mejorar la gestión de los principales activos, al simplificarse el proceso de toma de decisiones sobre el negocio.

- Mejorar la estructura de recursos propios, solvencia e imagen de la sociedad absorbente ante sus proveedores y entidades financieras, mejorando la capacidad de pago de la financiación bancaria.”

Por lo que se refiere a Casas S.L. y Hogar S.L., las sociedades destinadas a la fusión, en atención a su objeto social, corresponde valorar si nos encontramos ante una operación fundada en una “motivación económica válida” y destinada a una optimización real de su actividad mercantil o si, por el contrario, nos encontramos ante un potencial intento de evasión fiscal.

La gran similitud entre las actividades desempeñadas por ambas, una dedicada a la intermediación como agencia inmobiliaria y la otra dedicada al arrendamiento de inmuebles, y de su carácter potencialmente complementario, se puede extraer una probable motivación económica suficiente para descartar el fraude fiscal como objetivo de la operación. Esta consideración puede fundamentarse en la Consulta vinculante V3407-15, de 6 de noviembre de 2015 de la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Jurídicas¹⁶, la cual trata un caso que guarda marcada

¹⁶ A título ejemplificativo, en la misma línea doctrinal en cuanto al principio de neutralidad tributaria en el tratamiento fiscal de las operaciones de reestructuración las Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos V3110-15 del 16 de octubre del 2015, V0043-17 del 13 de enero de 2017 y V2225-18 del 25 de julio de 2018.

semejanza con el presente: “En el escrito de consulta se indica que la operación proyectada se realiza con la finalidad de simplificar la estructura societaria toda vez que las actividades arrendaticias desarrolladas en la actualidad por ambas sociedades podrán ser desarrolladas por la entidad consultante, ahorrar costes en términos de gestión administrativa, contable y fiscal y optimizar la gestión de la actividad inmobiliaria en una única sociedad optimizando la utilización de los recursos materiales y humanos destinados a esta actividad”.

1.3.2.3. Supuesto en el que empresa transmitente aplique otro régimen especial

Se determina que el objeto social de Hogar, S.L. es el arrendamiento de inmuebles- que mantiene en su propio matrimonio-. En esta línea, debe valorarse la posibilidad de que Hogar, en el momento de transmisión de su patrimonio a Casas, viniese aplicando un esquema de liquidación tributaria específico, diferente al general: el régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas (Cfrs. Arts. 48 y 49 LIS; concretamente, a la posibilidad de acogerse a ambos regímenes durante la fusión se refiere el 48.4.). Éste establece una serie de bonificaciones a la parte de la cuota íntegra calculada a partir de las rentas obtenidas del arrendamiento de inmuebles.

En este caso, el régimen especial del Capítulo VII para las modificaciones estructurales podría seguirse aplicando pero con ciertas especificaciones a tener en cuenta en torno a la valoración de los activos obtenidos a raíz de la fusión. En consecuencia, la renta obtenida por la absorbente “*se entenderá generada de forma lineal durante el tiempo de tenencia del elemento transmitido*”, en contraposición a lo establecido en el artículo 78 de la LIS, que determina la valoración inicial de los bienes según el valor por el que hubiesen sido obtenidos por la entidad transmitente. Esto puede provocar que la opción de acogerse al régimen especial no le vaya a resultar a la entidad tan favorable como la renuncia al mismo, aunque dicha preferencia por un mecanismo u otro podrá variar en base a la situación particular de los bienes que se transmitan.

1.3.3. Contenido del régimen fiscal general y posibilidad de acogimiento al mismo

Sin perjuicio de la aplicación preferente de este régimen, se ha previsto la opción de renunciar de forma potestativa al mismo y proceder, en su lugar, a adherirse al régimen general. Así se deduce del artículo 42 de la LIS, en relación con el artículo 77.2, el cual dispone las reglas de aplicación de los regímenes tributarios especiales, estableciendo que las normas contenidas en el título serán de aplicación preferente respecto a las otras contenidas en el resto de títulos, los cuales se aplicarán con carácter supletorio. Además se gradúa la posibilidad de rechazar la aplicación prioritaria del régimen fiscal especial, permitiendo a la empresa inaplicable parcial o totalmente.

El rechazo de la opción de adoptar el régimen especial y acogerse, en su lugar, al régimen general deberá formalizarse por medio de comunicación remitida a la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria del domicilio fiscal de la sociedad adquirente. Así lo determina el artículo 48 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades cuando se refiere a las condiciones requeridas para efectuar dicha comunicación, fijando el plazo de interposición en 3 meses, computables desde la fecha de inscripción de la escritura pública donde se documente la operación, o bien desde la fecha en que se otorgue la misma o un documento equivalente. De esta manera, la sociedad absorbente podrá decidir el régimen que le resulte más favorable para su concreta situación: el ré-

gimen tributario general para la liquidación del Impuesto de sociedades o el régimen tributario especial para operaciones de reestructuración¹⁷.

Rechazando el régimen especial, se renuncia al régimen de diferimiento fiscal, o lo que es lo mismo, dejarán de estar exentas de tributación las rentas obtenidas a raíz de la transmisión del patrimonio social de una entidad a otra, debiendo gravarse. Igualmente, también se procederá a la valoración del conjunto de activos y pasivos de acuerdo al artículo 17 LIS¹⁸, según su valor normal de mercado.

En líneas generales, la aplicación del régimen general no comporta complicación práctica alguna, salvo las problemáticas que puedan plantearse en el esquema regular de liquidación del tributo. Por ende, y sin explayarme demasiado en la aplicación técnica del régimen general del IS por no ser aquí el tema central de interés, al resultado contable de las rentas obtenidas tras la transmisión del total del patrimonio de una empresa a otra, sumadas a las restantes de la entidad absorbente en el ejercicio económico y fiscal en el que se realizase la operación, se le aplicarían las deducciones pertinentes fijadas por los artículos 30 a 32 de la LIS. Al resultado se le aplicarían sucesivamente los ajustes fiscales aplicables y las debidas bonificaciones, así como también se le sustraerían las bases imponibles negativas de ejercicios económicos anteriores y otras deducciones legalmente establecidas para hallar el cómputo final de la base imponible. Finalmente, para alcanzar la cuota íntegra del tributo y de esta manera hallar la cuota diferencial a ingresar o devolver, deberemos aplicarle el tipo impositivo a la base imponible y restarle posteriormente las retenciones e ingresos a cuenta¹⁹.

Es necesario conocer las circunstancias concretas de las entidades Casas y Hogar, así como las características de la operación que desean realizar, para determinar si resultaría más ventajoso aplicar el régimen general en detrimento del especial. Los supuestos en los que renunciar al régimen para operaciones de modificaciones estructurales suelen ser cuando la entidad transmitente se encuentre sujeta a un tipo de gravamen menor que el aplicado a la adquirente, cuando la operación se añada a una reinversión amparada por la LIS, o cuando la entidad transmitente tiene bases imponibles negativas que pueden ser compensadas en ejercicios siguientes. Si bien no se puede aventurar si se cumple alguno de estos supuestos en el caso objeto de estudio, por no ser concretado ninguno de los mentados aspectos, sí pueden analizarse en conjunto los diferentes elementos para alcanzar la opción más recomendable.

¹⁷ “Los contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la Ley, la más ventajosa a sus intereses, y entre estas ventajas figura la de poder escoger lo que resulte fiscalmente más rentable, siempre que no vulneren ninguna obligación legal”.- Sentencia del Tribunal Supremo en Sala de lo Contencioso-Administrativo del 2 de noviembre de 2002- RJ:2003/1025.

¹⁸ Art.17.1 LIS: “*Los elementos patrimoniales se valorarán de acuerdo con los criterios previstos en el Código de Comercio, corregidos por la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley*”.

¹⁹ Respecto al esquema básico de liquidación del impuesto de sociedades resulta ilustrativo el manual de CEF.- CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, “*Manual de Fiscalidad Básica, Tema 5*”, ed.2018- Impuesto sobre sociedades, sub-apartado 1 dedicado a conceptos generales y esquema de liquidación del tributo.

1.4. Conclusión

Tomando en consideración todo lo anteriormente dicho, procede determinar qué actuación, por parte de las dos entidades proyectadas a fusionarse, garantizará con mayor fiabilidad la rentabilidad económica y fiscal de la operación de reestructuración. A modo de repaso orientativo decíamos que por un lado teníamos a la empresa española Casas, S.L., sin apenas patrimonio propio y dedicada a la actividad de agencia inmobiliaria, y por otro lado, a la empresa Hogar, S.L. disponiendo ésta de múltiples inmuebles y dedicada a la actividad de arrendamiento de los mismos. Ambas entidades se encuentran participadas por una tercera común, Natham Home, S.A., una de forma directa y otra de forma indirecta (Hogar está participada íntegramente por Aldaia Invest., S.A. y ésta a su vez por Natham Home).

En base a todo lo anteriormente expuesto, podemos aventurar ciertas recomendaciones para alcanzar la alternativa más favorable para integrar ambas empresas soportando la menor carga fiscal posible. Tras la ponderación de las consecuencias fiscales de ambos regímenes, en principio, la operación más rentable desde una perspectiva fiscal sería la fusión gemelar por absorción en la que la entidad Casas fuese la entidad absorbente y Hogar, la transmitente, acogiendo la empresa absorbente al régimen especial de diferimiento. El motivo que justifica esta opción es la exención de tributación de las rentas transmitidas de una empresa a otra. Al poseer Hogar prácticamente la mayor parte de activos, la valoración fiscal de los inmuebles en su poder y que ahora pasan a ser propiedad de Casas se mantienen exentos de tributación hasta que sean nuevamente transmitidos y, además, su valoración fiscal se determinará de acuerdo al artículo 78 LIS por lo que no se acogerán al valor de mercado sino al valor del momento en el que integraron el patrimonio de Hogar.

Por otra parte, también debemos mantener presente la posibilidad de que Hogar venga acogiendo al régimen fiscal especial aplicable a las entidades dedicadas al arrendamiento de inmuebles, en cuyo caso, como bien expusimos previamente, al encontrarse aplicando la entidad transmitente un régimen fiscal de menor tributación al de la absorbente, la aplicación del régimen para operaciones de modificaciones estructurales debe ser modulado, en términos de valoraciones lineales de cada uno de los inmuebles para determinar las eventuales plusvalías surgidas o los planes de amortizaciones fijados. En principio, en este supuesto deberíamos conocer las circunstancias específicas del patrimonio concreto del que dispusiese cada empresa y la valoración resultante de los activos transmitidos. Como resultado, si compensase la no aplicación del régimen fiscal especial, en función de la valoración más conveniente, la entidad absorbente tendría derecho a renunciar al mismo y acogerse a la norma liquidación del tributo a través del régimen general.

2. Se pregunta acerca de la mejor forma de financiar la compra de las participaciones por parte de Tabaco, S.L., recurriendo a la financiación externa o intragrupo.

2.1. Fuentes de financiación ajenas a la propia empresa.

2.1.1 Proliferación de mecanismos de financiación externos.

La entidad española Tabaco, S.L., participada íntegramente por Aldaia Invest., S.A., desea adquirir las participaciones de las dos sociedades limitadas Cuba Mia, con domicilio social en Cuba, y West Africa, con domicilio social en Ghana, ambas participadas íntegramente por Montroa-tech, S.A. Para financiar la compra, la entidad Tabaco dispone de múltiples opciones: desde un préstamo intragrupo a algún mecanismo de financiación externa. Sin embargo, se plantea una doble problemática, puesto que la elección dentro del amplio abanico de posibilidades tendrá que fundarse tanto en un análisis de las consecuencias financieras como de los efectos fiscales que se deriven.

De la necesidad de financiación ajena suscitada por la empresa Tabaco, se deduce que la entidad no dispone de fuentes de financiación propia suficientes como para satisfacer el grado de endeudamiento que supone la compra de las participaciones de Cuba Mia y West Africa. La financiación interna generada por la propia empresa se divide tanto en los beneficios retenidos para mantener la estabilidad y continuidad de la actividad de la empresa, como en los beneficios que componen las reservas sociales y que están proyectados a asumir inversiones y soportar la expansión de la entidad. A falta de estas dos modalidades de financiación interna, las sociedades mercantiles se ven obligadas a suscribir mecanismos de financiación externa, garantizadas por atribuciones de patrimonio provenientes de terceros, para satisfacer sus propias necesidades de mantenimiento y crecimiento.

La utilización de financiación externa resulta muy frecuente en la práctica mercantil. Todo proyecto de inversión se encuentra asociado a un proyecto de financiación, ya que ambos están representando la misma realidad. A menudo, las sociedades suelen establecer circuitos de financiación externa que mantienen siempre activos, repartiendo equitativamente el gasto generado por la actividad económica desempeñada entre éstos y las reservas internas. Manteniendo este equilibrio, la empresa podrá hacer frente a grados de endeudamiento mucho mayores de los que podría soportar solo con los beneficios generados a raíz de su propia actividad empresarial, lo que conllevará nuevas posibilidades de expansión, diversificación de negocio o aumentos patrimoniales. Sin embargo, la dependencia desproporcionada de recursos económicos ajenos a la empresa podría suponerle un endeudamiento excesivo y, por consiguiente, un apalancamiento de su actividad. Debe primar, en todo momento, la coherencia entre las características de las fuentes de financiación y el destino de las mismas, valorando especialmente el nivel de exigibilidad de la deuda y el nivel de liquidez de los bienes a que se destina.

Existe una gran variedad de mecanismos de financiación a disposición de las empresas para obtener suficientes fondos para llevar a cabo su actividad o crecer en el mercado. Sin embargo, todos ellos generarán un gasto financiero²⁰ para la sociedad, esto es, un gasto en el que incurre como

²⁰ La Dirección General de Tributos entiende el límite de deducibilidad de los gastos financieros basado en “el exceso de aquéllos sobre los ingresos financieros de la entidad que se correspondan con ingresos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios”.- Resol. de Dirección General de Tributos CV0165-17 del 24 de enero de 2017.

consecuencia del uso de capitales puestos a su disposición por terceros. Cualquier empresa que recurra a financiarse a partir de fuentes ajenas, tendrán estas partidas de pasivos en sus respectivos balances de resultados. Estos gastos se manifestarán principalmente en comisiones bancarias, intereses (ya sea de obligaciones, bonos o deudas en abstracto derivadas de pérdidas de activos financieros) y diferencias negativas de cambio, éstas últimas surgidas en el marco de operaciones transnacionales con intercambio de divisas.

2.1.2. Tratamiento fiscal general de los gastos financieros.

En cuanto a la regulación que reciben los gastos financieros contraídos por las empresas, la legislación tributaria ofrece una regulación impositiva por lo general favorable para el sujeto pasivo. La LIS permite que las empresas deduzcan esta clase de gastos por encontrarse estrechamente relacionados con la actividad económica ejecutada por la empresa ya que, de otra manera, se estarían obstaculizando sistemáticamente sus posibilidades de crecimiento y expansión. La aplicación de deducciones contribuirá a reducir el importe de la cuota íntegra total que configurará la cantidad por la que tendrá que tributar la sociedad, reputándole en consecuencia un potencial ahorro fiscal. No cabe duda de que el Impuesto sobre Sociedades constituye el principal tributo al que tienen que hacer frente las empresas españolas. Calcular y definir la cuota líquida por la que la entidad deberá tributar será determinante para su comportamiento en el mercado, puesto que se escogerán las actuaciones que más rentabilidad le supongan, tanto a nivel fiscal como financiero, a la hora de fijar su estructura, asentar su posicionamiento estratégico frente a competidores potenciales o desarrollar su actividad económica.

No obstante, la entidad Tabaco, S.L. en este caso, debe decidir qué opciones de financiación escoger en aras de contraer unos gastos financieros a los que la normativa fiscal les atribuya un tratamiento fiscal más beneficioso para el sujeto pasivo, es decir, los que permitan una mayor deducción de la cuota íntegra. La LIS, en su artículo 16, determina una doble limitación de base para deducir los gastos financieros que figuren en la cuenta de resultados de las entidades sujetas a tributación. Concretamente, se fija en primer lugar el límite de gasto deducible cuando el importe neto del gasto financiero sea inferior o equivalente al 30% del beneficio operativo del período impositivo en el que se contrajese y, en segundo lugar, se establece que el importe deducido no podrá superar en ningún caso el millón de euros en un mismo ejercicio. Adicionalmente, la ley añade que, de no haberse podido deducir la totalidad del gasto en un mismo ejercicio fiscal, éste podrá seguir deduciéndose en períodos impositivos posteriores.

Paralelamente, el artículo 15 de la LIS establece ciertos gastos que no pueden ser deducidos, por mucho que guarden relación con la actividad empresarial, puesto que se entiende que aplicar una deducción en dichos casos supondría situaciones de enriquecimiento injusto o evasión fiscal²¹. Se abordan estos gastos como liberalidades efectuadas por las empresas en el libre ejercicio de sus operaciones mercantiles, sin que deban ser beneficiadas por un tratamiento fiscal que minore la carga impositiva. La autoridad tributaria persigue las conductas artificiosas que traten de obtener un beneficio a partir del incumplimiento de la normativa tributaria.

²¹ En la misma línea, el artículo 24 de la Ley 25/1995 General Tributaria establece que “para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados en el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado”.

Estos dos preceptos son los que servirán de referencia a la hora de analizar las consecuencias fiscales derivadas de recurrir a fuentes de financiación ajenas. Sin embargo, su aplicación respecto a la liquidación del Impuesto de Sociedades se verá afectada por la específica fuente de financiación que la entidad decida utilizar para sus fines. Para realizar tal elección no solo entran en juego los efectos fiscales a los que se ha hecho referencia, sino también las condiciones financieras en las que se encuentre la empresa y las características de la operación, o actividades en general, que se pretendan llevar a cabo. Es precisamente en este punto donde se abre un enorme abanico de posibilidades en el marco de la realidad mercantil y donde puede surgir, eventualmente, cierta conflictividad en cuanto a tratar de conciliar las necesidades económicas con las pretensiones tributarias que la entidad adopte.

2.1.3. Tipología de vías de financiación ajenas a la empresa.

A la hora de determinar qué mecanismo externo de financiación escoger, influirán en la decisión numerosas variantes ajenas a las puramente fiscales. De esta manera, la entidad buscará una fuente que le presente el menor coste posible, obteniendo la mayor financiación, que le permita homogeneizar las vías de financiación de las que se sirva y que no resulten insuficientes para cumplir los objetivos fijados. Para realizar esta selección deberá tenerse en cuenta factores como el tipo de interés, los plazos de amortización, las comisiones y gastos derivados, las garantías o avales que se asocien y el plazo que pueda transcurrir entre la solicitud y su efectiva obtención. En consecuencia, dos conceptos fundamentales de los que se sirven las entidades para determinar la mejor opción de financiación serán el coste efectivo (la diferencia entre los fondos percibidos y la cantidad que se obliga a devolver sumándole previamente los intereses, gastos y comisiones asociados) y la tasa anual equivalente, o T.A.E. (indicador del rendimiento efectivo del producto financiero que establece una relación entre el fondo percibido y sus intereses).

Además de las variables que determinen la fuente de financiación concreta y los gastos financieros que pueda llevar aparejados, las sociedades se encuentran en la obligación de analizar previamente la operación que desean realizar para así poder sopesar los riesgos que conlleva el grado de endeudamiento suscrito. El negocio jurídico que se pretende llevar a cabo es, como se viene reiterando desde un principio, la adquisición por una sociedad limitada de las participaciones de otras dos empresas, para lo cual se requiere financiación. Esta figura se conoce, en el ámbito microeconómico, como una “adquisición con apalancamiento”, es decir, una compra de empresas en la que gran parte del precio, o su totalidad, es financiado con deuda, garantizada por activos propios y ajenos. Las vías de financiación con la que se soporte esta operación deberá estar enfocada a largo plazo, teniendo en cuenta el cuantioso importe de la inversión y las posibilidades de satisfacer el coste efectivo que lleve aparejado.

Dentro de las posibilidades que ostenta la empresa Tabacos, S.L. para conseguir financiación, debemos valorar su condición de filial integrante de un grupo empresarial mayor. Esta situación deriva en dos vías para estructurar la deuda con la que cubrirá los gastos de adquisición: la solicitud de un préstamo intragrupo en el que el importe sea suscrito por las entidades que componen el grupo y, por otra parte, la utilización de diversos mecanismos de financiación externa a largo plazo. Los principales recursos externos de los que se dispone en estos casos suelen ser préstamos y créditos proporcionados por entidades crediticias o plataformas de financiación alternativa, además de ampliaciones de capital a través de la captación de nuevos inversores (muy representativas de las empresas cotizadas en los mercados de valores). Tabacos, S.L. se encuentra ante la tarea, por lo tanto, de definir su línea de actuación, optando por el préstamo intragrupo o por la financiación exter-

na, prestando especial atención a las consecuencias fiscales de los gastos financieros que eventualmente se originen.

2.2. Dos mecanismos para la financiación de operaciones de reestructuración.

2.2.1. Financiación externa respecto al grupo empresarial.

La sociedades mercantiles, en el desarrollo de su actividad mercantil, se encuentran a menudo en situaciones que requieren un endeudamiento mayor al que pueden hacer frente solo con los beneficios inmediatos que obtengan o con las reservas patrimoniales que hayan acumulado. Para suplir esta insuficiencia de fondos, en supuestos que van desde necesidades de expansión o diversificación de la actividad hasta meras modificaciones en la estructura o adaptaciones a exigencias legales determinadas, se suele recurrir a fuentes de financiación externa. Como se apuntó anteriormente, dichos mecanismos de financiación generan los conocidos como “gastos financieros”, inherentes a los mismos y que reciben un tratamiento específico y diferenciado, tanto en el ámbito contable como en el fiscal, a la hora de integrarlos en el balance de la empresa. En principio, el instrumento de financiación que mayor patrimonio le permita adquirir a la empresa pero que le suponga al mismo tiempo la menor deuda en concepto de “gasto financiero” será la mejor opción para la sociedad.

Lo recomendable para cualquier entidad, antes de suscribir un proyecto de inversión que le vaya a generar un importante nivel de endeudamiento, sería confeccionar ciertos procedimientos de “due diligence” (lo que en español podría identificarse con el cumplimiento de la debida diligencia en materia de auditoría contable y financiera) para comprobar la viabilidad de tales planes operativos²². El objetivo de estos procedimientos es el de evaluar los riesgos y costos de la inversión, entre los que se encuentran los gastos financieros, en relación con los beneficios que potencialmente puedan obtenerse a cambio. Consisten, en esencia, en la revisión legal, contable y financiera de las vías adoptadas para realizar la inversión (incluyendo las vías de financiación). Estos exámenes resultan de vital importancia, sobre todo cuando se recurre a fuentes de financiación extranjera, puesto que el desconocimiento de la procedencia de los fondos de capital, así como las condiciones a las que se encuentre su devolución, pueden ocasionar grandes perjuicios a la entidad receptora.

En cuanto al tratamiento fiscal de los gastos financieros, sea cual sea su procedencia, la norma general es la tendencia a su deducción en el cálculo de la cuota líquida del impuesto de sociedades, por considerarse un gasto inherente a la actividad empresarial y por la necesaria función que cumple la financiación ajena. La prioridad de la Autoridad Tributaria es no obstaculizar las actividades desempeñadas por las entidades mercantiles, en consonancia con los principios que guían la normativa tributaria de capacidad económica, progresividad y no confiscatoriedad. Sin embargo, la LIS prevé en su articulado limitaciones concretas a los gastos financieros, que se desarrollan concretamente en el artículo 16. De esta manera, los gastos financieros netos generados por el patrimo-

²² Ninguna norma del ordenamiento español prevé la como preceptivos los procedimientos “due diligence” previo endeudamiento de una sociedad mercantil, sin perjuicio de lo que el artículo 1.474 Cc pueda disponer acerca de las obligaciones de saneamiento del vendedor en el negocio de la compra venta. El término “due diligence” proviene del derecho anglo-sajón y en cierta medida puede asimilarse a la obligación de realización de auditoría interna que la legislación española impone a ciertas empresas, aunque ésta enfocándose al análisis de riesgos de inversiones futuras. A pesar de ser voluntario para las entidades españolas, es una práctica que está cobrando popularidad debido a su utilidad y está siendo incentivada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el ámbito de actuación de las sociedades cotizadas.

nio obtenido de fuentes de financiación externas serán deducibles con el límite del 30 % del beneficio operativo del ejercicio fiscal de la empresa, con un límite máximo absoluto de 1.000.000 euros²³. Además, toda cantidad en concepto de esta clase de gastos que no hubiese podido ser deducida efectivamente en un ejercicio fiscal por haber superado las limitaciones legalmente fijadas, se podrá deducir en los ejercicios impositivos siguientes, sumándose a los gastos financieros que se devenguen en los mismos. En conclusión, las limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros se convierte, en la práctica, en una regla de imputación temporal, y no en una prohibición de deducibilidad de gastos que superen una cuantía concreta.

Adicionalmente, el artículo 16.5 de la LIS añade que los gastos derivados de préstamos entre sociedades que se destinen a la adquisición de participaciones en el capital de otras entidades, como es el caso que nos ocupa, se deducirán hasta el 30% del beneficio operativo, con la especificación de que en dicho beneficio operativo no se tenga en cuenta el correspondiente a la empresa que transmite las participaciones en los 4 años posteriores a dicha adquisición²⁴. Debe tenerse en cuenta que este extremo resulta aplicable únicamente cuando la fusión se lleve cabo optando por el no acogimiento al régimen fiscal especial definido en el Capítulo VII del Título VII de la propia ley.

Estas limitaciones impuestas por ley halla su justificación en la exposición de motivos del actualmente derogado Real Decreto Legislativo 4/2004 del 5 de marzo por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y que se reitera en la nueva LIS²⁵. Impedir la deducción de los gastos financieros, desincentiva a las empresas a buscar fuentes de financiación ajenas y endeudarse, al tiempo que favorece su propia capitalización y el mantenimiento fuentes internas más estables.

Cabe apuntar que estas disposiciones no pueden estudiarse de forma unilateral simplemente desde la perspectiva fiscal, pues también resulta indispensable observar el tratamiento que reciben los gastos financieros en el ámbito contable, preceptivo para que pueda plantearse la eventual deducibilidad de ciertos pasivos en el ejercicio de la empresa. El registro contable que se lleve a cabo varía en función del instrumento financiero utilizado en el supuesto específico. La financiación de la empresa se identifica contablemente, en el seno del balance de situación, en la sección de pasivos corrientes y no corrientes. En el balance se pueden diferenciar las deudas a largo y corto plazo dentro del concepto de recursos ajenos. En esta línea el artículo 11.3 de la LIS dispone que los gastos que no se imputen contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias, o en las reservas sociales cuando exista obligación legal, no serán fiscalmente deducibles.

²³ La Resolución del 16 de julio de 2012 de la Dirección General de Tributos establece los criterios interpretativos necesarios para que proporcionen seguridad jurídica en la aplicación de práctica del actual artículo 16 LIS, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el IS.

²⁴ El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC en adelante) se ha encargado de la interpretación, por medio de numerosas resoluciones vinculantes, de las disposiciones fijadas, en relación con la representación de los gastos financieros en el balance contable de la empresa, por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. A modo de ejemplo la resolución vinculante de la Dirección General de Tributos V3526-16 de 27 de Julio de 2016, en consonancia con la resolución del ICAC del 9 de octubre de 1997, especifica la representación obligatoria de los gastos financieros en la contabilidad de la entidad y en qué partidas concretas debe ser representado en función del ejercicio en el que se devenguen para poder ser valorados a efectos fiscales.

²⁵ El Real Decreto 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público también introdujo importantes reformas relacionadas con la deducibilidad de los gastos financieros

Entre los medios de financiación externa a los que podrá recurrir Tabacos, S.L. para financiar la adquisición de las dos entidades en cuestión, se encuentra a su disposición una gran variedad de mecanismos. La opción más evidente que puede encontrar es la de recurrir a las entidades financieras que ofrecen acceso a líneas de crédito para obtener activos suficientes con los que costear sus operaciones y objetivos. Además, se podría recurrir a la ampliación de capital y generar mayores retribuciones que atraigan financiación externa. Al ser una sociedad limitada la opción de ampliar capital por medio de la emisión de nuevas acciones y operar en el mercado de valores queda descartada, aunque sí se podría recurrir a la venta de participaciones de la entidad a cambio, probablemente, de parte del control ejecutivo de la misma. Finalmente, proliferan en la realidad mercantil con cierta asiduidad los préstamos realizados por empresas, inversores privados externos y entidades o instituciones públicas. Concretamente se observa con mayor frecuencia la modalidad de préstamos participativos.

2.2.2. Préstamo Intragrupo.

Para analizar la posibilidad de que Tabacos, S.L. se financie a través de un préstamo intragrupo, el primer paso es determinar si realmente nos encontramos ante un grupo empresarial y en qué medida afectará esto a la entidad. La normativa tributaria, en lo referente a la regulación de los préstamos intragrupo, se remite a lo dispuesto en el Código de Comercio (en adelante Ccom) sobre el concepto de “grupo de empresas”. Concretamente, el artículo 42 Ccom determina que puede hablarse de grupo como tal cuando *“una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”*. En el supuesto concreto que nos ocupa se presupone que se cumple dicho requisito legal, en la medida en la que la participación íntegra que ostentan entre sí las sociedades pertenecientes al entramado empresarial y que garantizarán el control absoluto y centralización del derecho de votos en una única sociedad; de esta manera, Natham, S.A posee el 100% de las acciones de Aldaia y ésta, a su vez, el 100% de las de Tabaco. A su vez, las entidades Cuba Mia y West Africa, cuyas participaciones pasan a ser adquiridas por Tabaco, S.L. en su totalidad, se encontraban inicialmente participadas al 100% por la entidad Montrotech S.A., filial ésta de la empresa matriz Natham, S.A. Constituye este negocio, por lo tanto, una compra de filiales pertenecientes al mismo grupo empresarial con razón de una reestructuración interna. No se pone en duda el control escalonado ejercido por una entidad dominante sobre otras entidades dependientes de ellas y sujetas a su potestad directiva y de gestión.

El préstamo intragrupo consistiría en la aportación de crédito por una empresa integrante del grupo a otra, independientemente de su posición en el seno de la estructura interna del entramado empresarial, es decir, que pueden realizarse de filial a empresa matriz o viceversa sin afectar al tratamiento fiscal y contable específico que la ley le atribuye. A pesar de que no se los considera fuentes de financiación propia, puesto que no se trata de activos patrimoniales que se sitúen en el balance contable de la propia empresa, la ley fiscal les confiere un tratamiento menos favorable que a la financiación externa. Por otra parte, el hecho de que el préstamo se efectúe para financiar la compra de filiales del mismo grupo será determinante para deducir su regulación a efectos fiscales.

La norma tributaria parte de la base de considerarlos, por lo general, retribuciones de fondos propios. La propia LIS determina, en su artículo 15, que “tendrán la consideración de retribución de fondos propios los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 Ccom”, y que, como tal, no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles. Los préstamos participativos son una clase de aportaciones dinerarias cuyos intereses se devengarán proporcionalmente a los activos ob-

tenidos por la empresa en el ejercicio fiscal en el que se diese. Puede observarse un tratamiento fiscal más exhaustivo respecto al otorgado a la financiación externa que, fiscalmente, no resulta tan favorecedor, puesto que no podrá procederse a la deducción de dichos gastos en la cuota íntegra a la hora de liquidar el tributo. Sin embargo, los préstamos intragrupo pueden resultar en una perspectiva global más beneficiosos para las empresas puesto que suelen caracterizarse por condiciones financieras mucho más flexibles y acordes con la situación patrimonial de la empresa.

En el supuesto concreto que se está analizando resulta de aplicación la disposición establecida en el apartado h) del artículo 15 de la LIS. En este precepto se especifica una excepción a la norma general de no deducibilidad de los gastos financieros devengados a causa de un préstamo intragrupo. Los gastos financieros derivados del préstamo serán deducibles siempre y cuando las deudas contraídas hayan sido contraídas con la finalidad de adquirir participaciones de capital o fondos propios de otras entidades, o de realizar aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, siempre y cuando el contribuyente acredite la existencia de motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones. A estos gastos se les aplicará el límite de deducibilidad del 30% del beneficio operativo de la empresa, o el subsidiario de 1 millón de euros, que se fija en el artículo 16 como norma general. Subordinar la posibilidad de acogerse a esta opción a la existencia de motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones vuelve a entrañar la misma complejidad interpretativa que se encuentra a la hora de determinar la aplicabilidad del régimen fiscal especial para las operaciones de reestructuración, para la cual se ha seguido una línea doctrinal muy similar²⁶. Debe recordarse que este tipo de cláusulas, aunque a primera vista puedan suponer cierta incertidumbre, sirven a modo de cláusulas antiabuso de carácter especial para evitar operaciones o estrategias fiscales extremadamente artificiosas que reporten un beneficio injustificado²⁷. Existen evidencias de que en el caso de Tabacos, S.L. concurren efectivamente motivos económicos válidos que justifican la adquisición de las dos empresas y, por ende, el gasto financiero generado por un eventual préstamo intragrupo sería considerado deducible en virtud del artículo 15 h), rompiendo con la regla general de no deducibilidad de aportaciones de fondos propios. Mientras se efectúe realmente la operación traslativa de patrimonios y ésta pueda ser efectivamente probada por el contribuyente, se entenderá que no ha lugar a evasión.

2.3. Potencial solución: préstamos participativos y su tratamiento fiscal.

La figura de los préstamos participativos merece especial atención y un estudio individualizado de su regulación por resultar un instrumento financiero cada vez más recurrente. Sus rasgos característicos lo convierten en una de las opciones más rentables a disposición de las empresas para obtener financiación a largo plazo. Pueden provenir tanto de fuentes totalmente ajenas a la empresa como de otras entidades del mismo grupo de sociedades, por lo que su tratamiento fiscal puede

²⁶ Las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante TEAC) 4756/2008, 6326/08 y 401/2009, del 1 de junio de 2010 todas ellas (asuntos acumulados), ejemplifican las motivaciones económicas que la Administración Tributaria interpreta como suficiente para reconocer la validez del acogimiento a la deducibilidad de los gastos financieros generados intragrupo.

²⁷ En la Resolución 2563/2006, del 17 de mayo de 2007, del TEAC se aborda un caso muy similar al de Tabacos, S.L., en el que se estimó que concurría evasión fiscal. Se trata de una compra encadenada de participaciones de filiales y posteriores ampliaciones de capital en las mismas. En este supuesto, no obstante, el tribunal interpretó que las operaciones realizadas constituían reubicaciones de cartera sin contenido patrimonial con el objetivo de disminuir la deuda tributaria deduciendo los intereses derivados de las transmisiones. El requisito de probar la existencia de motivación económica sirve precisamente para evitar esta clase de fraude de la normativa tributaria.

variar, sin perjuicio de las ventajas que pueda presentar a nivel financiero. Esta clase de préstamos se encuentran definidos en el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica²⁸.

Los préstamos participativos poseen cuatro condiciones distintivas del resto de préstamos que los hacen más favorables para las entidades a efectos financieros. En primer lugar, los intereses de este préstamo son variables y se fijan en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria por lo que, en principio, ésta no se endeuda más de lo que pudiese permitirse, al tiempo que la entidad prestamista se enriquece en proporción del éxito de la inversión. En segundo lugar, se limita la amortización anticipada del préstamo únicamente al supuesto en el que dicha amortización sea compensada mediante una ampliación de igual cuantía a la cedida, cedida de los fondos propios de la entidad prestataria. En tercer lugar, los acreedores del préstamo (la sociedad prestamista) se sitúa en una posición cercana a los acreedores comunes de la sociedad prestataria en el orden de prelación de créditos. Finalmente, estos préstamos, a pesar de tener por lo general un tratamiento contable idéntico al de cualquier otro tipo de préstamo, reciben la consideración de patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades. Todas estas características dotan a estos instrumentos financieros de un gran atractivo para las sociedades en la práctica mercantil, presentando mayores ventajas que otras vías de financiación como los créditos de entidades bancarias con tipos de interés fijos o las aportaciones de inversores externos a cambio del control ejecutivo de la entidad. En consecuencia, los gastos financieros que de ellos deriven estarán dotados de mayor proporcionalidad respecto a la eficiencia de la inversión desembolsada.

En cuanto a su regulación a nivel fiscal, se asemejan bastante a cualquier tipo de mecanismo de financiación del que deriven gastos financieros. Si se realiza por una fuente de financiación totalmente ajena será de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 LIS, mientras que si proviene de alguna otra entidad que forme parte del mismo grupo empresarial que la prestataria, será de aplicación el principio de no deducibilidad de retribuciones provenientes de fondos propios del artículo 15 a). Sin embargo, al servir éste para la adquisición de empresas del mismo grupo, y existiendo una motivación económica justificada y probada, puede valorarse como una operación de reestructuración válida y aplicársele las limitaciones a la deducibilidad sobre los intereses del préstamo del artículo 16, en relación con el 15 h).

Los préstamos participativos suelen ser, en definitiva, medios propicios para obtener financiación a largo plazo. En esencia, aseguran una mayor flexibilidad en cuanto a la devolución del capital objeto del préstamo puesto que el prestamista tendrá un mayor interés en los resultados del proyecto que obtenga financiación, facilitando las negociaciones entre las partes a la hora de fijar los plazos de retribución, el cálculo de intereses y las cantidades prestadas. Por otra parte, en supuestos de liquidación de la sociedad o concurso de acreedores, la fuente de la que provenga el préstamo tendrá carácter de acreedor privilegiado para la recuperación de la cantidad y los gastos financieros.

2.4. Conclusión

La tarea de conseguir financiación es fundamental para que las sociedades mercantiles puedan seguir operando con normalidad en el mercado y mantengan un nivel de desarrollo constante

²⁸ El artículo 20 del RDL 7/1996 establece las características que deben tener los préstamos para que adquieran la condición de “participativos”.

que les permita seguir siendo competitivas. La valoración que hará la empresa para determinar qué mecanismo de financiación es más rentable para ella, deberá ajustarse a las condiciones concretas en las que se encuentre la propia entidad, así como a las características de la operación que se planee realizar. Como se ha apuntado, estas operaciones pueden estar encaminadas a expandir la actividad económica que se venga desarrollando, o simplemente a garantizar el mantenimiento de los costes operativos regulares.

Adicionalmente, siendo este punto el que se entra a valorar ahora, debe optarse por la financiación que resulte más favorable a la empresa a nivel fiscal. Cualquier medio de financiación que utilice llevará aparejados ciertos gastos financieros. La sociedad, como contribuyente, deberá acogerse al tratamiento fiscal más conveniente, concretamente, el que le permita mayores posibilidades de deducir los gastos financieros, en la medida en que sean necesarios para desempeñar, en este caso, la compra de participaciones de las dos sociedades Cuba Mia y West Africa.

Es indispensable tener claro que, en cualquier proyecto de financiación, la opción más favorable no puede determinarse en abstracto de forma concluyente sin antes determinar todos los factores, financieros, contables y fiscales, que puedan afectar a la operación. En base a ello, la solución a la cuestión de qué opción será la mejor para la adquisición de participaciones por arte de Tabacos, S.L. no puede limitarse a elegir la financiación externa en detrimento de los préstamos intragrupo, o viceversa. De hecho, la inmensa mayoría de los proyectos de financiación suele ser combinar ambas opciones, tanto financiación externa, como interna, compensándolas en diferentes planes de amortización a corto, medio y largo plazo.

En el presente caso, se han expuesto las consecuencias fiscales inherentes a la financiación externa y a los préstamos intragrupo, prestado especial atención a las posibilidades de deducirlos de las rentas que integren la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Resultan de aplicación los artículos 15 y 16 de la LIS, que determinan los límites de deducibilidad de esta clase de gastos para los legisladores.

Atendiendo a la normativa fiscal, en relación con las condiciones financieras inherentes a cada clase de mecanismo, cabe determinar que la opción más adecuada para asumir el grado endeudamiento, derivado de la compra de participaciones, será la financiación por medio de préstamo intragrupo. A pesar de que la financiación externa permite, a priori, mayor deducción fiscal, la ley permite extender su tratamiento fiscal a los préstamos intragrupo cuando existe motivación económica válida. Todo ello, sin perjuicio de que el gasto pueda resultar soportable por mecanismos de financiación apoyados también en fuentes externas como entidades de crédito.

3. Se plantea la cuestión de, una vez ejecutada la compra de las participaciones por parte de Tabaco, S.L., cómo será la tributación de los posibles dividendos que perciba de las entidades residentes en Cuba y en Ghana.

3.1. Concepto de Doble Imposición

3.1.1. Introducción

En una Sociedad Limitada, como sabemos, el capital social se divide en cuotas denominadas participaciones²⁹. Los socios que ostenten la propiedad sobre el capital social de la entidad, poseen unos derechos asociados de forma directa a dichas cuotas, y que son regulados por la Ley de Sociedades de Capital, resumiéndose éstos en los derechos políticos y económicos³⁰. Entre los políticos se encuentra principalmente el derecho de voto, mientras que entre los económicos destaca eminentemente el derecho a percibir los conocidos como “dividendos”. Los dividendos son, en esencia, las rentas de las acciones o bonos de disfrute, o de participaciones que permiten participar en los beneficios que obtenga la sociedad al final de cada ejercicio. No obstante, nos encontramos ante un concepto demasiado amplio que varía en función del ordenamiento jurídico y la rama del derecho desde el que se aborde³¹. Es por este motivo precisamente por el que surge una gran complejidad a la hora de definir su tratamiento, ya sea fiscal, mercantil, financiero o puramente económico, en supuestos en los que confluyan sistemas jurídicos y legales de diferentes Estados. La planificación de la compraventa de empresas, y de la transmisión de participaciones que conlleve, es fundamental para alcanzar la optimización fiscal del negocio.

En el presente caso, la empresa Tabacos, S.L. realiza la adquisición de la totalidad de las participaciones (es decir, del capital social) de dos entidades, también sociedades limitadas, que forman parte desde un primer momento del mismo grupo empresarial al que pertenece, y que se encuentran domiciliadas en países distintos. La adquisición de la totalidad del capital social de estas empresas reportará a Tabacos, S.L., en principio, beneficios que se traducen en dividendos, asociados a las participaciones percibidas. El beneficio derivado de los dividendos deberá ser gravado, de acuerdo a los principios de la legislación tributaria nacional y de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, por los impuestos, por los instrumentos fiscales de los que disponga el Estado en el que se encuentre domiciliada la sociedad que de ellos obtenga beneficio. Sin embargo, el hecho de que las entidades que generan dichos dividendos tengan su domicilio a efectos fiscales en países diferentes supone un obstáculo a nivel jurídico. Es, en este punto, donde nace la obligación de interpretar las diversas legislaciones tributarias que entren en juego para lograr su armonización en aras de respetar el objetivo impositivo de la Administración Pública, al tiempo que se protegen los derechos del contribuyente.

²⁹ El artículo 78 de la Ley de Sociedades de Capital establece que “las participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad de responsabilidad limitada deberán estar íntegramente asumidas por los socios, e íntegramente desembolsado el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social”.

³⁰ Cfrs. Arts. 94 y ss. Del Capítulo II de la TRLSC.

³¹ La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha hecho referencia en numerosas ocasiones a la dificultad de fijar una definición unitaria para el concepto de dividendos ante las múltiples injerencias de particularidades que los constituyen en los diversos ordenamientos internos que los regulan.

Analizando el supuesto de Tabacos, S.L., observamos que, mientras las rentas son generadas en los países de Cuba y Ghana respectivamente, la percepción efectiva éstas recae sobre la entidad Tabacos, S.L. sujeta al régimen tributario español por encontrarse su residencia fiscal en dicho país. Le corresponde la obtención final de las rentas, como ya ha quedado fijado, en base a los derechos que ostenta sobre las participaciones de sus empresa filiales, Cuba Mia y West Africa. A la hora de tributar por las mismas, entran en juego las normativas en materia fiscal vigentes en España, por ser el país en el que se encuentra domiciliada la empresa beneficiada en última instancia y que ostenta, de forma directa, los derechos de percepción e integración en su propio patrimonio de los dividendos. Paralelamente, deberán valorarse también las obligaciones tributarias que se generen en los países de Cuba y Ghana, por ser éstos los Estados en los que ostentan sus residencias a efectos fiscales las sociedades que han generado la renta y que, a su vez, reputan el beneficio a su empresa matriz.

En esta línea, los supuestos de doble imposición se definen como “aquellas situaciones en las que un mismo hecho imponible, fundamentalmente la obtención de una renta, es sometido a tributación en varios Estados o dentro de un mismo Estado por el mismo o análogo concepto tributario y en el mismo período impositivo³²”. En esta definición se abordan dos supuestos de hecho distintos que reciben un tratamiento fiscal diferenciado. En un primer caso se gravaría dos veces, por dos impuestos distintos, a un mismo sujeto pasivo por el mismo hecho imponible. En el segundo, si bien se grava el mismo hecho imponible, se le impone el gravamen en cuestión a dos sujetos pasivos distintos, relacionados de distinta forma con la manifestación de capacidad económica. Mientras que en uno nace una única relación jurídico-tributaria hacia un único obligado tributario, en el otro serán dos obligados con obligaciones distintas, a pesar de que el hecho generador de la obligación sea el mismo³³. A raíz de esta diferenciación de base nace, en el seno de las tendencias doctrinales mayoritarias, una evidente distinción conceptual entre dos fenómenos: la “doble imposición jurídica” y la “doble imposición económica”.

3.1.2 Doble imposición económica y doble imposición jurídica

En primer lugar, la doble imposición jurídica es a la que nos referimos en los casos en los que concurre una identidad objetiva, subjetiva y temporal; es decir, sobre un mismo hecho imponible, imputable a un único período impositivo y a un único sujeto pasivo, recaen más de un tributo. Se determina como tal precisamente por la concurrencia de estos tres elementos. Además, dentro de esta clasificación pueden darse los subtipos de doble imposición interna, si se da dentro de un mismo Estado, o internacional, si la doble imputación se origina a partir de la obligación tributaria imputada por varios Estados que ostentan soberanía fiscal sobre un mismo hecho imponible, en concepto de tributos de naturaleza similar. En el caso de Tabacos, S.L. es muy probable que se llegue a dar este tipo de situaciones, al resultar las rentas que se tratan de gravar originadas en entidades filiales establecidas en países diferentes al de la empresa matriz.

En segundo lugar, puede valorarse la posibilidad de que las ganancias percibidas en forma de dividendos sean, en un mismo Estado, susceptibles de ser gravadas doblemente, una vez por el

³² Definición recogida en el artículo “El nuevo tratamiento de la doble imposición en la Ley 27/2014 del Impuesto de Sociedades”- Anuario Jurídico y Económico, XLIX (2016), págs. 403-424.

³³ La Ley General Tributaria define en su artículo 20 la relación-jurídico tributaria como el “conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados por la aplicación del tributo”, estableciendo una relación entre la Administración y el contribuyente.

Impuesto sobre sociedades y otra por el Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas, puesto que suponen un beneficio empresarial o una demostración de capacidad económica tanto para la empresa como para los socios en los que se divide su patrimonio³⁴. Esto se conoce como doble imposición económica en la que el socio “soporta una carga tributaria excesiva teniendo en cuenta la capacidad económica, como consecuencia de la concesión de subjetividad tributaria a un ente medial en la percepción de rentas”, que en este caso viene a ser la sociedad gravada. Puede apreciarse que, no concurren, en esta situación, los tres elementos fundamentales que configuran la doble imposición jurídica. La constitución de la sociedad como persona jurídica independiente, la desvincula totalmente de los derechos y deberes que recaigan sobre sus socios de forma particular. Paralelamente, parte de la doctrina también se inclina por negar la existencia de una identidad objetiva puesto que la sociedad es gravada en concepto de su beneficio no distribuido, mientras que el socio lo es en base a su derecho a participar en el patrimonio de la empresa³⁵. A pesar de que esta realidad no se ajusta a los requisitos estrictos de la doble imposición a nivel técnico jurídico, sí puede considerarse una “doble imposición económica”, puesto que se aplica el gravamen simultáneo sobre beneficio, apreciado como tracto económico continuo, recayendo sobre la sociedad y sobre el socio, de manera individualizada.

3.1.3 Problemática que suscitan los supuestos de doble imposición

La concurrencia de dos impuestos que gravan un mismo beneficio obtenido por más de un contribuyente supone una lesión del bien jurídico protegido: el principio de equidad del tratamiento fiscal hacia el contribuyente. Se produce como resultado una sobre-imposición respecto a una misma ganancia que no obedecería los límites de proporcionalidad.

El hecho de gravar doblemente un mismo hecho imponible puede estar provocando un perjuicio discriminatorio, requiriendo del contribuyente una cantidad impositiva mayor de la que sería justo reclamarle para el sostenimiento del Estado, en relación a su capacidad económica real. Por otra parte, las situaciones que impliquen doble imposición pueden resultar igualmente perjudiciales para los propios Estados, puesto que a menudo constituyen una obstaculización del ingreso de inversiones extranjeras en el territorio nacional. Es importante entender que la doble imposición interna, en el caso de los impuestos aplicados sobre los dividendos, constituye un problema en la medida en que el socio “soporta una carga tributaria excesiva teniendo en cuenta la capacidad económica, como consecuencia de la concesión de subjetividad tributaria a un ente medial en la percepción de rentas”, que en este caso viene a ser la sociedad gravada³⁶.

Evaluando potenciales consecuencias secundarias derivadas de la doble imposición que puedan ocasionar un perjuicio en el ordenamiento jurídico español se evidencian dos problemáticas fundamentales. En primer lugar, en el marco socio-económico y bursátil, afectando directamente a la in-

³⁴ Las guías jurídicas Wolters Kluwer definen esta clase de situaciones como doble imposición económica, “en la cual una misma renta se somete a más de un impuesto, concurriendo disparidad de gravámenes e incluso de contribuyentes” ejemplificándolo con un supuesto idéntico al que nos ocupa, en el que el beneficio de una sociedad se somete a un gravamen en la propia sociedad al pagar el impuesto sobre el beneficio de la sociedad y en el socio, cuando lo percibe en forma de dividendo vuelve a pagar su impuesto de la renta.

³⁵ URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 26ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 170. Se apoya la idea de dualidad a la hora de analizar el hecho imponible que constituye el objeto tributario en casos de doble imposición.

³⁶ LUCAS DURÁN, M.: *La tributación de los dividendos internacionales*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pg. 51.

versión privada, la sobre-imposición puede desincentivar el interés que tengan los accionistas en participar activamente en los beneficios de la sociedad y, en consecuencia, en las decisiones ejecutivas que adopte en el mercado. En segundo lugar, puede conducir a la traslación de la carga tributaria soportada por la empresa hacia el resto de operadores que mantengan con ella relaciones económicas, incluyendo inevitablemente al consumidor final. Estos obstáculos dan lugar a una distorsión en el sistema tributario que obligan a los Estados a buscar mecanismos para eludir los efectos negativos derivados de las situaciones de doble deducción.

3.2. Doble Imposición Internacional

En la actualidad es frecuente encontrar supuestos similares al de Tabacos, S.L., en los que grupos empresariales, compuestos por diversas sociedades pero con un tratamiento unitario de las mismas a efectos mercantiles, de acuerdo a las disposiciones del Código de Comercio (concretamente el ya mencionado artículo 42) y la normativa aplicable. En el ámbito económico se refiere a estas agrupaciones como “holdings de empresas” en los que, una empresa principal (a la que suele referirse como dominante o matriz) posee el control de las subordinadas (filiales), que mantienen personalidad jurídica propia. Estas estructuras de cooperación industrial sirven de medio para la reducción de costes estructurales o para incrementar el control sobre activos estratégicos, presentando al mismo tiempo una serie de exigencias para su viabilidad, como son la neutralidad financiera, la estabilidad de la regulación y la seguridad jurídica e incluso un régimen fiscal interno, pero también internacional, que le sea favorable³⁷. Esta clase de estructuras corporativas a menudo operan en países diferentes, y les resulta de aplicación normativa distinta en función del territorio concreto en el que operan. En el marco de este comportamiento extrafronterizo, el grupo puede resultar, a efectos fiscales, como residente en dos Estados distintos, ya que los países aplican distintas normativas para fijar los criterios que determinen la residencia fiscal del obligado tributario.

La doble imposición internacional nace precisamente en estas situaciones, aunque es susceptible de extenderse a casos en los que el contribuyente está sometido en un Estado al principio de residencia fiscal, mientras que en otro se le grava por la mera percepción de rentas sin necesidad de analizar su residencia. La OCDE la define como “el resultado de la aplicación de impuestos similares, en dos (o más) Estados, a un mismo contribuyente respecto de la misma materia imponible y por el mismo período de tiempo. Son tan conocidos los perjudiciales efectos de tal situación para el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales, tecnologías y personas que apenas resulta necesario insistir en la importancia que tiene la eliminación del obstáculo que la doble imposición supone para la expansión de las relaciones económicas entre los distintos países”³⁸. Se observa por lo tanto la concurrencia de un mismo hecho imponible, realizado por un único contribuyente, que resulta imputable en el mismo período impositivo, pero que, sin embargo, resulta gravado por tributos diferentes, impuestos respectivamente por las legislaciones de diferentes Estados. Estos Estados evidentemente, deben guardar una relación concreta respecto al sujeto pasivo que los legitime para imputarle un impuesto de acuerdo a sus propias legislaciones. La imposición se deberá, en cualquier caso, a los requisitos establecidos por la legislación vigente en el

³⁷ PALACIOS PÉREZ J. Y CALVO SALINERO R.: *La holding española como plataforma de inversiones en el exterior*, revista nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional, publicación septiembre-octubre 2005 ICE, nº825, pg. 69-72.

³⁸ Definición contenida en el preámbulo del Convenio de Modelo Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio aprobado y publicado en julio de 2010 por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.

territorio en el que se opere, y se apreciará que existe doble imposición cuando los gravámenes aplicables presenten una naturaleza idéntica o muy similar.

En aras de dar respuesta a la problemática derivada de la doble imposición, los Estados tienden a establecer, a disposición del contribuyente, mecanismos legislativos y reglamentarios para evitar la excesiva carga tributaria. Por un lado, los Estados pueden configurar, a través de su labor legislativa y en el marco de su jurisdicción, medidas unilaterales beneficiosas para el contribuyente, que les exima de tributar en su totalidad o en parte por los impuestos que ya hayan sido gravados en terceros Estados. Por otro lado, los Estados también pueden alcanzar acuerdos de forma bilateral entre ellos a través de los que se pacten determinadas exenciones o beneficios fiscales que les permitan atraer inversión extranjera y coordinar sus respectivas normativas fiscales. Estos acuerdos se denominan Convenios de Doble Imposición y se han convertido recientemente en un instrumento muy común para salvaguardar los intereses de los potenciales inversores y holdings en el marco de una economía global enormemente externalizada³⁹.

Deberemos prestar atención, en un primer momento, a los instrumentos de carácter bilateral existentes en materia de doble imposición establecidos entre los países afectados por un concreto hecho imponible, en este caso entre España - Cuba y España - Ghana a raíz de la obtención de rentas en forma de dividendos. A falta de estos, será de aplicación la legislación nacional de los Estados de forma concurrente (fundamentalmente el artículo 21 de la Ley del Impuesto de Sociedades en el caso de España).

3.3. Supuesto de Cuba Mía, S.L.

A la hora de abordar un problema de doble imposición, el primer paso es observar si existen instrumentos jurídicos de carácter bilateral entre las dos jurisdicciones en conflicto. En el supuesto de adquisición, por parte de Tabacos, S.L., de la filial Cuba Mía, S.L., la clave para determinar el régimen fiscal al que deberá acogerse la tributación de los dividendos que eventualmente se obtengan será el análisis de un Convenio de Doble Imposición entre España y Cuba. En base a este texto legal con naturaleza de tratado internacional, podrán establecerse las líneas generales del tratamiento fiscal que se le atribuirá a las rentas obtenidas en un país y trasladadas a otro para garantizar la cohesión de ambas soberanías. La idea fundamental que guiará en todo momento la política internacional en el marco tributario, confeccionada a partir de esta clase de acuerdos bilaterales, será la de evitar la excesiva imposición tributaria sobre la inversión extranjera en la medida de lo posible. Puede concluirse que los Convenios de Doble Imposición constituyen “acuerdos entre dos Estados, mediante los cuales se “reparten” la soberanía fiscal, gravando determinadas rentas en el país de la fuente y otras en el país de residencia, de manera que permitan la deducción del impuesto pagado en origen con la finalidad de garantizar la neutralidad entre las dos jurisdicciones”⁴⁰.

Esta clase de Convenios se han convertido, a causa desarrollo de la economía mundial y la proliferación de las relaciones internacionales, en un instrumento tan básico para la planificación operativa de las entidades empresariales y los agentes operadores del mercado que la Sociedad Internacional se ha visto obligada a regularlos. A pesar de que la OCDE, entre otras entidades interna-

³⁹ GARCÍA PRATS, F.A.: *Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición*, Crónica Tributaria nº133/2009, Valencia, pg. 101-123.

⁴⁰ CORONA, J.F., “*La corrección de la doble imposición internacional*”, Reforma del Impuesto sobre Sociedades, Revista del Instituto de Estudios Económicos, Madrid 2002. p. 239.

cionales, ha tratado de promocionar un modelo unitario de Convenio para coordinar las técnicas tributarias de los diversos Estados, éstos siguen recurriendo a dos métodos enfrentados: el método de imputación, frente al método de exención, ambos orientados a un mismo objetivo, minorar la tributación del sujeto pasivo a través de la condonación de la obligación tributaria en alguna de las fases de la traslación de la renta. Por un lado, el método de imputación permite imputar al contribuyente la renta obtenida en el extranjero a la base imponible del impuesto al que se encuentre sujeto en su país de residencia, al tiempo que se le permite deducir de dicha base imponible los impuestos que hubiesen sido satisfechos en el país de origen de la renta. Por otro lado, el método de exención consiste en eximir de tributar por las rentas obtenidas en el extranjero en el país de residencia del contribuyente, por entenderlas ya gravadas en su país de origen⁴¹.

Entre Cuba y España fue suscrito, en el año 1999, el todavía vigente “Convenio entre el Reino de España y la República de Cuba para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y Protocolo”. Su articulado determina en qué medida podrán cohesionarse la legislación española y cubana cuando se traten de gravar rentas que, siendo obtenidos en uno de ambos países, se trasladen al otro país contratante del acuerdo. En el documento en cuestión se establece, ya en el artículo 5, la necesidad de definir si la entidad Cuba Mia opera como un establecimiento permanente en el Estado cubano y si, por lo tanto, la obtención de las rentas se produce realmente en su territorio. Esta cuestión debe interpretarse en sintonía con el artículo 9 que establece la relación mantenida entre Tabacos, S.L. con la sociedad cubana como una relación de “empresas asociadas” por ejercer el control total del capital.

El grueso del tratamiento fiscal de los dividendos se trata en el artículo 10 del Convenio. En esencia, en su apartado 1º deja vía libre para la exención total del impuesto por el que las rentas obtenidas en forma de dividendos (entendidos como los rendimientos obtenidos a raíz de las participaciones que permiten participar en los beneficios de la empresa) tributarían en su país de origen (Cuba), garantizando la imposición de un único gravamen que sería el aplicado en el país en el que fuera residente el beneficiario final (España). Sin embargo, no se cierra tampoco la puerta a la doble imposición, haciendo posible la imposición de un gravamen menor en el Estado en el que se produzca la renta en caso de que el Estado preceptor de los dividendos sea el beneficiario final efectivo. Este impuesto, de ser establecido por el país generador de la renta, en el caso de los dividendos de Cuba Mia no debe ser superior al 5% del importe bruto de los dividendos, debido a que Tabacos ostenta más del 25% del capital social⁴².

Las condiciones para la eliminación de la doble imposición, que el artículo 10 puede sugerir en un principio, se fijan en el artículo 24 del Convenio. El supuesto de Cuba Mia se sitúa en el tipificado en el apartado 2º b) de este artículo puesto que se trata de la tributación de dividendos pagados por una sociedad residente en Cuba a una sociedad residente en España que posee directamente más del 25% del capital social. La norma establece que a las rentas encuadrables en estos casos se

⁴¹ GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, M.: “*El nuevo tratamiento de la doble imposición en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades*”, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLIX (Madrid 2016), pg. 403-424.

⁴² Este extremo es establecido por el artículo 10.2.a) del Convenio: “*estos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado, pero si el perceptor de los dividendos es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido no podrá exceder del: a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos*”.

les podrá aplicar una deducción, sobre el impuesto por el que tributen en España, cuantitativamente idéntica al importe por el que se tributó en Cuba, sin exceder de la parte del impuesto aplicado, calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas que fuesen objeto del gravamen. Adicionalmente, se podrá deducir el impuesto gravado en Cuba respecto de los beneficios generados por los dividendos cuando éstos hubiesen sido efectivamente integrados en la base imponible de la sociedad que los percibe; todo ello de aplicación siempre y cuando, la acumulación de las cuantías a deducir no excediese e la parte del impuesto sobre la renta, antes de la deducción, correspondiente a las rentas sometidas a imposición en el Estado de la empresa receptora (España). Finalmente, el apartado 4º del artículo 24 del Convenio añade finalmente que, cuando el residente obtenga las rentas objeto de gravamen de dividendos de entidades asociadas, el cómputo de la deducción establecida se seguirá calculando sin tener en cuenta las exenciones o bonificaciones que pudiesen haber sido desgravadas sobre las rentas de acuerdo a la legislación cubana.

En aras de esclarecer la complejidad material del asunto, lo anteriormente expuesto podría resumirse de la siguiente manera. En virtud del Convenio de Doble Imposición celebrado entre España y Cuba, las legislaciones internas de ambos Estados son armonizadas para minorar la tributación excesiva de las rentas que puedan ser objeto de gravamen en ambos países. En base a la aplicación de lo dispuesto en este Tratado, a la base imponible del impuesto que se le aplica en España a las rentas obtenidas a partir de los dividendos de la empresa cubana se le puede deducir los gravámenes aplicados con ciertas limitaciones técnicas, anteriormente especificadas (cuya mayor sintonización resulta imposible debido a su extrema especificidad). Como resultado, las rentas resulta gravadas en ambos países pero en el Estado de residencia de la entidad perceptora podrán, deducirse de la base imponible del impuesto aplicable, las cuantías por las que se hubiesen gravado en el Estado en el que operase la sociedad generadora de las rentas, aunque de manera limitada, y en ningún caso resultando viable la exención total.

3.4. Supuesto de West Africa, S.L.

En el supuesto anterior observábamos la utilidad derivada de la aplicación de un Convenio de Doble Imputación entre dos países. En este caso, ante la inexistencia de un acuerdo bilateral entre España (país donde reside Tabacos, S.L., entidad perceptora) y Ghana (país donde reside West Africa, S.L., entidad generadora), deberemos analizar los mecanismos de los que disponen los países intervinientes para hacer que tributen las rentas trasladadas de un país a otro. En principio, ante un supuesto de doble imposición en el que no existe Convenio que la regule, será de aplicación la legislación fiscal interna de cada uno de los Estados en los que la renta tenga que tributar, pudiendo ser gravada en multiplicidad de ocasiones. No obstante, la normativa española determina ciertas prerrogativas, respecto a las rentas objeto de doble imposición, que vienen a configurar dos sistemas por los que se puede optar para evitar tener que soportar una excesiva carga tributaria respecto al Impuesto sobre Sociedades: la exención y la deducción. La posibilidad de acogerse a uno u otro dependerá de la tipo impositivo y exenciones o deducciones que se apliquen sobre la base imponible del impuesto que se aplique en el extranjero, además de que se cumplan los requisitos establecidos en la ley.

En primer lugar, el artículo 21.1 de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades, referido a la exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español, dispone que estarán exentos los dividendos cuando se cumpla el requisito de que “el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5% o bien el valor

de la adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros. La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo”. En este supuesto se entiende que se cumple el primer requisito por controlar Tabacos, S.L. el 100% de la entidad West Africa S.L. por lo que la exención total de tributar en España una vez gravadas las rentas en España sería viable de acuerdo a la legalidad vigente. Además, el apartado 2.3º del mismo artículo especifica que la exención prevista en el apartado 1, anteriormente citado, no resulta de aplicación en relación con “los dividendos cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad con ocasión de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos procedan, registrando un gasto al efecto”, circunstancia ésta que se presupone inexistente en este supuesto.

Debido precisamente a la concurrencia de la condición del 21.1, se hace también posible la aplicación del artículo 32.2 LIS, en estrecha relación con el artículo 31 de esta misma norma, sobre la deducción para evitar la doble imposición económica internacional, en cuanto a dividendos y participación en beneficios. En base a esto, la entidad podrá optar por deducir simplemente la cantidad que se hubiese pagado efectivamente en concepto de impuestos en el extranjero respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos. Para ello es fundamental que la cuantía se integre en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades español.

Como se exponía anteriormente, para elegir una u otra posibilidad, ya sea la exención o bien la deducción, debe atenderse a los gravámenes fiscales a los que sean expuestas las rentas en el país de origen (Ghana). El esquema fiscal básico del Impuesto de Sociedades es similar al español y se regula por medio de la "Income Tax Act" y por las modificaciones anuales que imponga la ley presupuestaria nacional, respondiendo a ciertas líneas generales: no cabe la consolidación fiscal de grupos de sociedades; las empresas que tengan su centro de dirección efectivo en territorio nacional serán consideradas como residentes; la base imponible se calcula de acuerdo al beneficio contable, siendo excluidos del cómputo los dividendos puesto que tributan por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; y las empresas residentes tributan sobre su base mundial mientras que las no residentes lo harán sobre los beneficios generados en Ghana⁴³. No constan en el sistema fiscal ghanés incentivos fiscales especiales dirigidos a la atracción de inversión extranjera.

La legislación ghanesa establece la exención de las rentas generadas en concepto de dividendos en el cálculo de la base imponible del Impuesto de Sociedades en Ghana. Sin embargo, su ordenamiento jurídico establece que estas rentas, en el caso de empresas extranjeras, por el impuesto sobre rentas de no residentes. Sobre este impuesto operan en el país una retención del 8% sobre el beneficio neto total que integren los dividendos transmitidos⁴⁴, mientras que la empresa filial que resida en su territorio deberá tributar con el tipo impositivo general que fije su legislación por el Impuesto de Sociedades.

En definitiva, en el caso de la tributación de los dividendos percibidos por Tabacos, S.L. y originados a raíz de los beneficios obtenidos por la entidad West Africa, S.L., residente en Ghana, al no disponer de Convenio de Doble Imposición, se debe recurrir a la coordinación de las legislaciones nacionales a través de las disposiciones estipuladas a tal efecto en las mismas. Al estar exentos

⁴³ Información obtenida de la Red de Oficinas Económicas y Comerciales de España en el Exterior (Icex).

⁴⁴ Información contratada con el informe “Doing Business and Investing in Ghana” publicado por PricewaterhouseCoopers orientado a proveer un resumen de la situación ambiental de la actividad empresarial en Ghana).

de tributar en el IS los dividendos en Ghana, el resultado a efectos prácticos sería la aplicación directa del IS español sobre la base imponible imputable a la entidad receptora que reside en España (Tabacos, S.L.). Al no haber sido gravados por otro impuesto extranjero, la entidad española no puede acogerse a las previsiones en cuanto a exención ni deducción, debiendo aplicar el tratamiento fiscal general o, en su caso, el especial por el que hubiese optado.

3.5. Conclusión

En la actualidad, los Estados se han visto obligados a adoptar políticas fiscales globales que, lejos de centrarse simplemente en la tributación de los sujetos pasivos que se encuentren dentro de su territorio, sean capaces de adelantarse y adoptar una posición propicia orientada a gravar las rentas que fluctúen desde y hacia el exterior de sus fronteras. Esto se ha visto propiciado debido al acelerado desarrollo de las economías a gran escala, la deslocalización de los centros de producción, la aparición de nuevos mercados y su expansión transfronteriza, además de la proliferación de múltiples entramados de sociedades supranacionales.

El resultado inevitable de la transmisión de flujos de rentas de un lugar a otro, de un país a otro, es la doble imposición jurídica y económica a nivel internacional. Los conflictos entre distintos sistemas fiscales nacionales tratando de gravar a un mismo sujeto pasivo o un mismo hecho imponible al mismo tiempo es la consecuencia natural de la traslación de rentas a través de diferentes países, generalmente desde los centros de producción a los centros de dirección de grandes grupos empresariales. En este ambiente de dinamismo económico, atraer la inversión extranjera se ha convertido en una prioridad a la hora de legislar en materia tributaria.

Ante la problemática surgida a raíz de las situaciones en las que se da doble imposición, surgen los Convenios de Doble Imposición. Estos acuerdos internacionales de carácter bilateral se destinan a armonizar las diferentes soberanías fiscales asentadas por los Estados, así como sus respectivas políticas tributarias, con ocasión de facilitar el reparto de la potestad confisratoria pero sin lesionar los derechos de los contribuyentes y a la vez que se protege la inversión extranjera. Estos acuerdos, como sucede en el caso de Cuba y España, se sirven de los medios de exención, por un lado, y de imputación, ya sea parcial o total, por otro.

La ausencia de estos Convenios, como sucede en el caso de Ghana y España, le supone una dificultad añadida a ambos Estados. Éstos tendrán que prever en sus respectivas normativas disposiciones suficientemente atractivas para que su imposición no suponga obstáculos fiscales insalvables a los inversores que deseen operar o domiciliarse en su país. El caso de España es bastante ejemplificativo puesto que, a pesar de dejar libres las vías a la exención y a la deducción, éstas se verán supeitadas, en cuanto a su aplicación efectiva, a la carga tributaria que hubiesen soportado previamente las rentas en el extranjero.

4. a) Se pregunta sobre el tratamiento fiscal que reciben las remuneraciones de los consejeros de las sociedades españolas, tanto para la sociedad como para los propios consejeros.

4.a).1 Sistemas retributivos en las sociedades mercantiles

La determinación de sistemas retributivos para los consejeros de una empresa es una tarea que entraña gran complejidad en la práctica mercantil. El Consejo de Administración⁴⁵ es el órgano encargado de definir las líneas de actuación de una empresa y de supervisar los trabajos encomendados a sus órganos directivos y de administración. Es evidente que la ejecución de estas funciones es fundamental para el correcto desarrollo de la actividad empresarial. El objetivo a la hora de configurar la remuneración de los consejeros es evitar los conflictos de intereses que pudiesen surgir en el desempeño de sus funciones en caso de que se sirviesen de su poder de decisión en detrimento de los intereses sociales. Es por ello que los sistemas retributivos deben hallarse dotados de coherencia y proporcionalidad.

En las grandes sociedades, especialmente las cotizadas, la delimitación de la remuneración de los consejeros influye enormemente en la especulación en torno a los riesgos que la entidad esté dispuesta a asumir en sus ejercicios venideros y, por tanto, puede afectar a la confianza depositada en la misma⁴⁶. En las sociedades que no cotizan, en cambio, los mecanismos que fijen las remuneraciones pueden ser mucho más discrecionales puesto que serán decididos unilateralmente por los socios que ostenten el control sobre el capital social. Por ello, “en las sociedades cerradas se requiere un marco flexible en todo lo relativo a la retribución de los administradores que descansa fundamentalmente en la decisión de los socios⁴⁷”.

Los sueldos de los encargados de dirigir una sociedad acostumbran a dividirse en diferentes fracciones subordinadas a elementos fijos y elementos variables a corto y largo plazo destinadas a armonizarlos con los objetivos de la empresa. La cantidad patrimonial destinada a satisfacerlos acostumbran a representar una parte importante de los beneficios netos del ejercicio social. Su tratamiento fiscal y, concretamente, las posibilidades de deducirla, puede ser determinante para la estructuración y comportamiento de las entidades en el mercado. La legislación tributaria española les confiere, a los sistemas retributivos de los consejeros de una sociedad, un tratamiento estrechamente relacionado con las formalidades mercantiles que les son inherentes.

4.a).2 Regulación mercantil de los sistemas retributivos

La cuestión concreta acerca de cómo fijar las remuneraciones de los administradores de las sociedades es un asunto profundamente controvertido desde la perspectiva jurídica. Hasta la actua-

⁴⁵ El cargo de administrador, así como el Consejo de Administración, y las funciones que se les atribuye, entre ellas la de asumir la representación de la sociedad, se regulan en el Título VI de la TRLSC sobre la administración de la sociedad.

⁴⁶ Numerosas normas europeas han sido aprobadas con el objetivo de asegurar que las empresas europeas se ajusten a los principios de proporcionalidad y coherencia a la hora de fijar sus sistemas retributivos. Entre ellas la Directiva 2013/36/UE y el Reglamento 575/2013 UE, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

⁴⁷ ADAME MARTÍNEZ F.D. Y ROMERO PLAZA C.J.: “Retribución de Administradores. Aspectos Mercantiles y Fiscales”, artículo de la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF), https://www.aedaf.es/plataforma/baf/baf_2016_01_T_retribucion-de-administradores.pdf

lidad, la ley presentaba ciertas imprecisiones al respecto que podían suscitar planteamientos e interpretaciones divergentes. Recientemente, se ha tratado de solucionar la tradicional conflictividad entre las tendencias doctrinales asentadas por medio de los cambios normativos introducidos por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Tradicionalmente, se ha venido contemplando la existencia de una dualidad de regímenes jurídicos de las retribuciones entre los consejeros o administradores y los consejeros delegados con funciones ejecutivas.

Por un lado, en el seno de la normativa mercantil, concretamente en el artículo 217 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se dispone que el cargo de administrador será, en principio, gratuito, salvo si se prevé un sistema retributivo específico por vía estatutaria. En él se deben fijar los conceptos retributivos que lo integren y su importe máximo. Adicionalmente, el precepto asocia el sueldo de administrador con el principio de proporcionalidad respecto a la situación económica de la empresa y los estándares de mercado, al tiempo que debe promover su rentabilidad y sostenibilidad. Resulta de aplicación el artículo 217.3, que subordina la fijación, por medio de previsión estatutaria, del importe máximo de la remuneración percibida por los consejeros a su aprobación por la Junta General de la Sociedad.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, en principio, al cargo de consejero o administrador no se le atribuye “per se” función ejecutiva alguna. Como es lógico, la normativa reguladora ha tenido esto en cuenta y viene estableciendo una distinción entre la retribución que tienen derecho a percibir de los consejeros, por la mera ostentación del cargo, y la retribución por asumir funciones ejecutivas adicionales, en concepto de consejeros delegados, regulada ésta en el artículo 249 TRLSC. Este sistema retributivo debe ser fruto de la celebración de un contrato entre la sociedad y el consejero delegado en el que se fijen de forma taxativa sus funciones y la remuneración que obtendrá por su ejercicio, definidas de forma independiente a las previsiones estatutarias que regulen los cargos de administración⁴⁸. Este contrato deberá ser aprobado por voto favorable de dos terceras partes de los miembros que compongan el consejo, absteniéndose el afectado de asistir a la votación⁴⁹.

La reforma de la TRLSC ha tratado de llevar a cabo la unificación de ambos regímenes por entenderse que "las garantías de transparencia, adecuación y control de las retribuciones de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas no exigen que la relación entre el consejo de administración y el consejero en cuestión tenga necesariamente que articularse en un contrato aparte, de modo que la proyectada legislación debería admitir que la posición de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas pueda instrumentarse a través del correspondiente acuerdo de delegación, que los conceptos retributivos de dichos consejeros se encuentren determinados en los estatutos sociales y, en fin, que su remuneración, junto con la de los demás miembros del consejo de administración, no exceda del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de administradores

⁴⁸ En el artículo 249.3 se refleja el carácter imperativo del contrato que vincula a los consejeros delegados con la sociedad en la que desempeñen sus funciones ejecutivas.

⁴⁹ Cfr. art.249.3 TRLSC.

fijado por la junta general”⁵⁰. Como resultado, la jurisprudencia exige que las sociedades fijen los sistemas retributivos específicos de todos los administradores que formen parte del Consejo de Administración, en su caso, incluyendo el importe máximo de tales remuneraciones. Sin embargo, se sigue permitiendo que las sociedades puedan suscribir, de forma paralela, contratos formales de carácter mercantil con los administradores ejecutivos en los que se fije su sistema retributivo distinto por las funciones específicas que deban desempeñar.

En esta línea, es inevitable hacer referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo del 26 de febrero 2018 que ha marcado un precedente en la unificación de ambos regímenes, llegando a alejarse de las tendencias doctrinales mayoritarias hasta el momento, así como tampoco coincide con las tesis defendidas por la Dirección General de Registros y el Notariado⁵¹.

La Sala del Tribunal Supremo no considera que “el artículo 217 TRLSC regule exclusivamente la remuneración de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos, y que la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos esté regulada exclusivamente por el artículo 249.3 y 4 TRLSC, de modo que la exigencia de previsión estatutaria no afecte a la remuneración de estos últimos ni se precise acuerdo alguno de la junta general en los términos previstos en el artículo 217 TRLSC”. Con esta afirmación la Sala descarta la interpretación efectuada por la DGRN que establecía una distinción legal entre la retribución de los consejeros y los consejeros ejecutivos, extendiendo la obligación de previsión estatutaria a ambos casos. El TS no encuentra razonable que “siendo la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos la más importante entre los distintos consejeros, no solo escapen a la exigencia de previsión estatutaria y a cualquier intervención de la junta general en la fijación de su cuantía máxima” (a las que se refiere el artículo 217).

La sentencia concluye finalmente que “la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN”. A través de esta resolución se entiende que, una vez expuestos los conceptos retributivos que configuren los sistemas de remuneración de los miembros del consejo de administración de una sociedad, previa aprobación de la junta, el consejo podrá decidir su distribución entre sus propios miembros, incluyendo los que mantengan relaciones paralelas con la sociedad por el desempeño de funciones ejecutivas en virtud de un contrato laboral.

En definitiva, esta sentencia del Tribunal Supremo supone una revolución, a nivel interpretativo, de la ya asentada reforma legislativa que dio lugar a la TRLSC en el año 2014, marcando un precedente que afectará a las regulaciones internas de múltiples sociedades mercantiles que tengan su residencia en España. Se trata con ello de unificar los dos regímenes jurídicos para la determina-

⁵⁰ Extracto del Dictamen del Consejo de Estado 837/2014 sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, aprobado el 29 de enero de 2015.

⁵¹ STS, Sala de lo Civil, del 26 de febrero de 2018 (Roj: STS 494/2018 - ECLI: ES:TS:2018:494)

ción de sistemas retributivos a través de la aplicación de forma conjunta de los artículos 217, 218 y 219 TRLSC (que establecen las reglas para determinar los conceptos retributivos de los consejeros, en general), junto con el artículo 249 (aplicable a la remuneración de los consejeros con funciones ejecutivas). Estas especificaciones en el espectro legal mercantil tienen profundas consecuencias jurídicas en el ámbito tributario y en el tratamiento fiscal de estos sistemas retributivos.

4.a).3 Tributación de las remuneraciones en el Impuesto de Sociedades

Las diversas posiciones doctrinales respecto al tratamiento fiscal de los sistemas retributivos de los consejeros pertenecientes a sociedades mercantiles no han sido capaces de fijar una tendencia pacífica y unitaria al respecto. Las distintas tesis, al igual que en la jurisprudencia, giran en torno a la posibilidad de deducir esta clase de remuneraciones. Lo cierto es que, en la realidad mercantil, constituyen un gasto imprescindible para el correcto funcionamiento de la sociedad. Su carácter de “gasto necesario”, inherente a la actividad empresarial, provoca que parte de los sectores doctrinales las entiendan como gastos deducibles.

Con anterioridad a la reforma de la TRLSC y la promulgación de la nueva LIS, en base a la presunción de gratuidad aparejada al cargo de consejero, la Administración Tributaria venía clasificando los gastos en concepto de retribuciones de consejeros como meras “liberalidades” que la sociedad concedía a sus administradores, calificándolos como no deducibles en aplicación del artículo 15 e) de la LIS. Esta tesis se fundamenta en resoluciones de la DGRN como las emitidas el 20 de febrero y el 26 de julio de 1991, que definen la conocida como “teoría del vínculo”. Según esta teoría, la calificación de la retribución de un consejero como gasto deducible debe hacerse si ésta fue asumida en concepto de relación laboral distinta y con funciones diferentes a las inherentes al cargo (asumido como relación mercantil), siendo estas condiciones expresamente reflejadas en los estatutos sociales, junto a los conceptos retributivos que lleven aparejados.

La interpretación jurisprudencial coincide con la de la Administración como puede observarse en la sentencia del TS del 13 de noviembre de 2008, conocida como la sentencia “Mahou”, que acentúa la aplicación de la teoría del vínculo. En esta resolución, se establece que, en caso de mantener de forma concurrente una relación laboral con la sociedad, en concepto de administrador con funciones ejecutivas, y a la vez mercantil, como consejero, la segunda absorbe a la primera, de forma que para admitir la deducibilidad del gasto de remuneración, éste debe ser reflejado en los estatutos sociales en los términos del 217⁵².

La reforma mercantil del 2014 a la que anteriormente se hizo referencia y la promulgación de la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades en el mismo año, supone un cambio en la interpretación y aplicación de la mentada teoría del vínculo, así como en la obligación de prever explícitamente los sistemas retributivos de los consejeros en los estatutos sociales que de la misma deriva. De esta manera, la nueva LIS especifica que no se entenderán comprendidos como liberalidades

⁵² En esta misma línea, el TEAC, en la resolución con fecha del 6 de febrero del 2014 para la unificación de la doctrina, visto el recurso extraordinario de alzada presentado por el Directo General de Tributos del Ministerio de Hacienda, establece que “ambas relaciones (la mercantil y la laboral) son incompatibles, debiendo prevalecer la calificación mercantil, y sólo se podrá percibir remuneraciones por dicha función cuando esté previsto en los estatutos sociales el carácter remunerado del cargo”.

“las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato laboral con la entidad”⁵³.

Estas modificaciones legislativas, interpretadas en sintonía con la ya expuesta sentencia del TS del 26 de febrero de 2018, conducen a deducir las siguientes conclusiones. En primer lugar, efectivamente se consigue unificar el tratamiento mercantil de la retribución concedida a los consejeros en general y a los consejeros ejecutivos en particular, extendiendo los requisitos del 217 a ambos, de manera que sea necesario hacer previsión expresa en los estatutos sociales de los sistemas retributivos a los que estén sujetas sus remuneraciones. En segundo lugar, la doctrina y la jurisprudencia se distancian respecto a la teoría del vínculo, que establecía que la relación mercantil prevalecía sobre la relación laboral mantenida por los consejeros ejecutivos, lo cual obligaba a concertar de manera específica sus retribuciones en los estatutos. Actualmente se permite que la retribución por el desempeño de sus funciones ejecutivas sea simplemente determinado en el contrato, aprobado por el Consejo de Administración, obedeciendo los parámetros cuantitativos fijados en los estatutos. En tercer lugar, se determina que en ambos casos, tanto las remuneraciones atribuidas a los consejeros por el mero hecho de ostentar el cargo, como las concedidas a los consejeros delegados por el desempeño de sus funciones ejecutivas, son considerados gastos deducibles de las rentas integradas en la base imponible del Impuesto de Sociedades.

4.a).4 Tributación de las remuneraciones en el IRPF

En cuanto a la tratamiento fiscal atribuido a las remuneraciones de los consejeros por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la interpretación de la Ley 26/2014, que modifica la Ley 35/2006 del IRPF es clara. Los rendimientos obtenidos a raíz del ejercicio descargo de consejero o administrador en una sociedad computarán en este impuesto como rendimientos del trabajo, siempre y cuando éstas se recojan como retribuciones estatutarias⁵⁴. Como tales, en previsión de las condiciones del artículo 18 de la ley se le podrán aplicar ciertos porcentajes de reducción, tratándose de casos de extinción de la relación laboral. Resulta esclarecedora al respecto la consulta vinculante de la DGT V1727-15.

La nueva ley fija el porcentaje de retención del tributo en el 35% sobre las remuneraciones percibidas por los administradores de las grandes sociedades, y en el 19% sobre los de las sociedades que no alcancen los 100.000 euros de cifra de negocio en el ejercicio.

Adicionalmente, las funciones desempeñadas de forma paralela por el consejero ejecutivo que sea también socio, en el seno de una sociedad que desempeñe una actividad “profesional”, podrán calificarse como rendimientos íntegros de actividades económicas y tributar como tal, en aplicación del artículo 27 de la Ley del IRPF⁵⁵, siempre y cuando se realicen de forma paralela como resultado de un contrato independiente.

⁵³ Cfr. art.15 e) párrafo tercero LIS.

⁵⁴ Cfr. art.17.2 e) Ley del IRPF.

⁵⁵ Art. 27 Ley del IRPF: “*Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*”.

Finalmente, cabe destacar que la Administración Tributaria descarta la doble imposición económica provocada por la aplicación concurrente del IRPF y el IS sobre las rentas de los consejeros. El TEAC determina que es legítimo gravar ambos impuestos de forma conjunta pues no existe identidad subjetiva ni objetiva. Mientras que éstas, de no ser deducibles, integrarían la base imponible del IS como una liberalidad efectuada por la Sociedad, en el marco del IRPF se consideran rentas que pasan a integrar la base imponible aplicada a la persona física concreta por las rentas totales que obtenga. Por este motivo, el TEAC considera que se trata de dos sujetos pasivos y dos hechos impositivos diferentes⁵⁶.

4.b) Se plantea la cuestión sobre el tratamiento fiscal del ejercicio de las opciones de compra de acciones de Aldaia de los consejeros salientes.

Tras la integración del grupo Aldaia en un grupo aún mayor, los consejos de administración de las entidades Hogar y Tabaco son objeto de un proceso de renovación que supone la salida de los antiguos consejeros. Al abandono de ambas empresas, los consejeros salientes, que ocupaban a su vez altos cargos directivos en sus respectivas sociedades, deciden ejecutar a su salida opciones de compra, o “stock options”, de la empresa matriz Aldaia que se les habían otorgado en el años 2015⁵⁷. Como resultado, cada uno recibe acciones de la compañía por valor de 15.000 euros cada una.

Los directivos o trabajadores a los que se les haya atribuido una remuneración por medio de opciones de compra de acciones son titulares del derecho a adquirir las acciones con un precio de compra inferior al precio de mercado, sin que sea preceptivo el pago de prima alguna. Para referirse a este mecanismo de pago suele utilizarse el término “stock options”, expresión acuñada en el seno del marco económico y financiero americano por ser en este entorno en el que se popularizó esta clase de retribución en primer lugar. Tienen por finalidad alinear los intereses de los directivos, así como de los trabajadores que ostenten cargos de relevancia, con los intereses y objetivos a los que la sociedad destine el capital social, fijados por la junta general de accionistas.

La Administración Tributaria ha valorado de forma muy particular la manera en que deben tributar los planes de remuneración integrados por opciones de compra de acciones⁵⁸. En consecuencia, los planes de stock options son gravados en dos fases que resultan liquidadas en momentos distintos. La primera se liquida en el momento en el que el trabajador decide ejercitar el plan que se le ha ofrecido (previsiblemente en el momento en el que la cuantía que le hubiese sido atribuida represente el mayor número de acciones posible a precio de mercado), en base a que la legislación fija el derecho de opción de compra como intransmisible “inter vivos”; la segunda, en el momento en el que el trabajador venda las acciones de la sociedad.

Se ha establecido que la opción de compra de acciones integre, en principio, la base imponible del IRPF, al que se encuentre sujeto el trabajador beneficiario de las mismas, como rendimientos

⁵⁶ Resolución del TEAC 6/2014 de 6 de febrero de 2014.

⁵⁷ Actualmente, es muy frecuente en la práctica mercantil la utilización de planes de stock options. Éstos son una forma de pago en especie que las grandes compañías suelen ofrecer a sus directivos como complemento de sus planes retributivos, en concepto de margen variable de los mismos.

⁵⁸ A título ejemplificativo de la labor interpretativa de la Administración Tributaria, la consulta vinculante de la DGT 1526/2006, de 17 de julio de 2006, o la resolución del TEAC 187/2014, del 11 de septiembre de 2017.

íntegros del trabajo en aplicación del artículo 17.1 de la Ley del IRPF. Los rendimientos del trabajo se definen en este precepto como “*todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas*”. El devengo del rendimiento generado se produce en el ejercicio fiscal en el que se ejercita el paquete de opciones.

Su calificación como rendimientos del trabajo, dentro de los subtipos existentes, dependerá de la modalidad de ejercicio de las opciones percibidas, debiendo distinguirse si el plan de opciones sobre acciones establece la posibilidad de entregar directamente las acciones al empleado como consecuencia del ejercicio de sus opciones o bien abonarle en metálico una cantidad equivalente a la diferencia entre el valor de cotización en la fecha de ejercicio y el fijado en el acuerdo de concesión como precio de ejercicio de las acciones. En este caso, por la información proporcionada, puede entenderse que se trata del primer supuesto, en cuyo caso, la DGT ha determinado que se integra en la base imponible del IRPF como rentas en especie con su respectivo ingreso a cuenta.

Como norma general, los rendimientos íntegros computan en su totalidad a la hora de efectuar la liquidación del IRPF. Sin embargo, el artículo 18 de la Ley del IRPF prevé la posibilidad de aplicar porcentajes de reducción aplicables a determinados rendimientos del trabajo. Los contribuyentes, a la hora de tributar por sus stock options, siempre y cuando no les hubiesen sido atribuidas en forma de renta, podrán acogerse a un 30% de reducción sobre el importe total. Los trabajadores de la entidad que las oferte solo podrán aplicar esta reducción a la hora de tributar por el IRPF cuando éstas stock options tengan un período de generación superior a dos años o hayan sido obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo. En este caso, al haber sido obtenidas en el 2015, se da la condición del período de generación superior a 2 años, computando éste desde la fecha en la que se realiza la oferta hasta el momento que se ejecuta el derecho de opción de compra de acciones.

Paralelamente, el artículo 42.3 de la Ley del IRPF, sobre las rentas en especie, en su apartado f), establece que la estarán exentos de tributar “*la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, siempre que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa*”. Por ende, en principio, hasta el límite cuantitativo de 12.000 euros de la cantidad total de 15.000 euros que se les atribuyó a los exconsejeros de Tabacos y Hogar se estará exento de tributar por las stock options⁵⁹. Esta prerrogativa solo se aplicará cuando se cumpla la condición de que la oferta hubiese sido realizada en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa y contribuya a la participación de éstos en el capital social. En este caso debiendo ser ofertadas a todos los empleados de la sociedad concreta en la que prestase sus servicios el consejero o administrador en cuestión.

⁵⁹ El artículo 43.1.2º del Reglamento del Impuesto del IRPF concreta que “*estarán exentos los rendimientos del trabajo en especie previstos en la ley en el caso de los grupos de sociedades en los que concurran las circunstancias previstas en el artículo 42 del Código de Comercio, la entrega de acciones o participaciones de una sociedad del grupo a los trabajadores, contribuyentes por este Impuesto, de las sociedades que formen parte del mismo subgrupo. Cuando se trate de acciones o participaciones de la sociedad dominante del grupo, la entrega a los trabajadores, contribuyentes por este Impuesto, de las sociedades que formen parte del grupo*”.

Como se puede observar, la problemática en torno a esta cuestión, una vez atendida la calificación a nivel fiscal que la Administración Tributaria otorga de esta clase de retribuciones en especie, subyace en determinar si los consejeros tienen la posibilidad de acogerse a la exención total de las mismas cuando tributen por el IRPF o de aplicar el 30% de reducción. Estas opciones varían en función de cómo y cuándo se hubiese llevado a cabo la oferta, sin entrar a valorar qué empresa del grupo es la oferente o de qué sociedad son las acciones.

IV. CONCLUSIONES FINALES.

Un fenómeno frecuente en la realidad mercantil actual es la configuración de grandes entramados empresariales que operan de forma internacional en diferentes mercados. Como es natural, las sociedades que los componen se ven obligadas a mantener relaciones entre ellas fundadas en la coherencia, cooperación y rentabilidad económica para mantener el correcto desarrollo de la actividad económica que desempeñen. Las operaciones realizadas entre ellas a menudo están orientadas a generar o transmitir rentas, las cuales son a su vez susceptibles de ser gravadas por el Estado. El objeto de este trabajo es precisamente el análisis del tratamiento fiscal, atribuido por el ordenamiento español, a las operaciones realizadas entre sociedades mercantiles integrantes de un mismo grupo empresarial.

Como se ha expuesto a lo largo del trabajo, el sistema tributario español se basa en el principio de neutralidad fiscal, en función del cual el Estado debe ejercer su potestad tributaria sin favorecer ni desfavorecer de manera injustificada a algún contribuyente. El tratamiento fiscal de las operaciones mercantiles realizadas entre las empresas de un mismo grupo debe alterar lo menos posible a las decisiones de los agentes económicos intervinientes. Éste debe ser el dogma que prevalezca en el tratamiento atribuido a las operaciones concretas ejecutadas por las sociedades del grupo liderado por Natham Home.

En primer lugar, se ha procedido al estudio de las posibilidades que tienen las empresas integrantes de acogerse a un régimen especial a la hora de tributar por las rentas generadas o transmitidas en los procesos de modificación estructural. Esta clase de prácticas resultan necesarias para el normal funcionamiento de la actividad empresarial. En base a ello, el Estado ha previsto determinadas prerrogativas para garantizar su tributación sin que resulten prohibitivo. Estas medidas radican, esencialmente, en el diferimiento del gravamen aplicado sobre las rentas y la valoración continuada de los activos transmitidos, sin ajustarse a las normas que rigen el régimen tributario general.

En segundo lugar, se han observado las opciones más recomendables para garantizar vías de financiación sólidas a las sociedades del grupo. A partir de la comparativa entre las consecuencias fiscales y financieras de los préstamos intragrupo y de la financiación externa se ha tratado de determinar cuál de los dos mecanismos reporta mayores ventajas a las empresas que se sirvan de ellos. La decisión de optar por un instrumento financiero u otro debe atender a la deducibilidad de los gastos financieros que reporten a la empresa. En base a ello, se puede evaluar los costes reales que le supone a la empresa alcanzar el grado de endeudamiento que requiera la operación.

En tercer lugar, se ha abordado la problemática que supone la doble imposición internacional sobre las rentas obtenidas en un país diferente del que se encuentra el último beneficiario que tribute por ellas. Las rentas obtenidas por las empresas filiales domiciliadas en países distintos del Estado en el que se encuentre su sociedad matriz pueden resultar gravadas por más de un impuesto, en el marco de conflictos de jurisdicciones fiscales de los distintos Estados en los que se encuentren las sociedades intervinientes en los flujos de transmisión de las rentas. Sin perjuicio de que la opción más favorable sea la de alcanzar acuerdos bilaterales, conocidos como los Convenios de Doble Imposición, para coordinar legislaciones encontradas, la legislación española prevé mecanismos para compatibilizar su potestad impositiva con la de terceros Estados.

Finalmente, se ha tratado la manera por la que la legislación obliga a tributar por las rentas de los consejeros de las sociedades domiciliadas en España, y las consecuencias fiscales aparejadas

tanto para los consejeros con para la propia entidad. Se estudia la posibilidad de deducir las retribuciones de los consejeros y administradores de las sociedades domiciliadas en España, a raíz del análisis de las nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales al respecto. Se destacan en particular las modificaciones legislativas de carácter mercantil y fiscal acerca de esta materia, en consonancia con la reciente resolución del Tribunal Supremo del año 2018 que determina la mutación interpretativa de las mismas. Adicionalmente, se ha expuesto los términos en los que la legislación española impone la obligación de tributar por las conocidas como “stock options”.

En términos generales, el objeto fundamental del trabajo es apreciar la operatividad del principio de neutralidad fiscal en la aplicación de impuestos a las rentas generadas a partir de operaciones intragrupo en el marco de un entramado empresarial internacional. Se lleva a cabo un análisis transversal de las consecuencias fiscales derivadas de diferentes operaciones entre las sociedades filiales, dependientes todas ellas de una misma sociedad matriz que participa íntegramente en todas ellas. Si bien no se dispone de los criterios objetivos suficientes como para poder alcanzar soluciones absolutas para las cuestiones planteadas, se ha tratado de reflejar los mecanismos que el sistema tributario español pone a disposición de los contribuyentes para conseguir la mayor proporcionalidad y equidad a la hora de liquidar los impuestos a los que se encuentren sometidos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ADAME MARTÍNEZ F.D. Y ROMERO PLAZA C.J.: *Retribución de Administradores. Aspectos Mercantiles y Fiscales*, artículo de la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF). Página web: https://www.aedaf.es/plataforma/baf/baf_2016_01_T_retribucion-de-administradores.pdf.

ARESES TRONCOSO, M.C., *Fiscalidad Práctica 2018. IRPF, Patrimonio y Sucesiones y Donaciones*, Aranzadi, 2018.

BÁEZ MORENO, A., *Normas contables e Impuesto sobre sociedades*, Aranzadi, 2005.

CEF.- CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, *Manual de Fiscalidad Básica, Tema 5*, Madrid ed.2018.

CORONA, J.F., *La corrección de la doble imposición internacional*, Reforma del Impuesto sobre Sociedades, Revista del Instituto de Estudios Económicos, Madrid 2002.

ESTEBAN RAMOS, L.M., *Derecho de Sociedades cooperativas. Régimen económico, integración, modificaciones estructurales y disolución*, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa nº32, Madrid 2018.

GARCÍA PRATS, F.A.: *Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición*, Crónica Tributaria nº133/2009, Valencia.

GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, M.: “El nuevo tratamiento de la doble imposición en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades”, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIX, Madrid 2016.

LUCAS DURÁN, M.: *La tributación de los dividendos internacionales*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

PALACIOS PÉREZ J. Y CALVO SALINERO R.: *La holding española como plataforma de inversiones en el exterior*, revista nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional, publicación septiembre-octubre 2005 ICE, nº825.

PRADA LARREA, J.L., *Estudios en Consecuencias fiscales del Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales*, Revista Técnica Tributaria [julio-septiembre 2009].

ROMERO FLOR, L.M., *Manual de Derecho financiero y tributario: parte especial*, Edición de la Universidad de Castilla-La Mancha 2015.

SANMARTÍN JARAMILLO, P.G., *La neutralidad de los métodos para evitar la doble imposición internacional en un contexto de libre circulación de capitales*, Estudios de Economía Aplicada, Vol. 22-1, Alicante 2004.

URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 26ª ed., Marcial Pons, Madrid 1999.

VARONA ALABERN, J.E., *La tributación de stock options en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Aranzadi, 2017.

VIVES RUIZ, F. Y TAPIAS MONNÉ A., *Artículo sobre la ley de modificaciones estructurales*, In-Dret 4/2013.