

ANÁLISIS DETALLADO DEL POSICIONAMIENTO DEL TEAC ANTE DETERMINADAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN Y SU REGULARIZACIÓN, EXPUESTO EN SUS RESOLUCIONES DEL 22 DE ABRIL, 27 DE MAYO Y DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2024

Juan Ferrer Jaraiz

Ainhoa De la Cuadra Gómez

*Miembros del Grupo de Expertos en IRPF de la
AEDAF
(España)*

Cómo citar: Ferrer Jaraiz, J. y De la Cuadra Gómez, A. (2025). Análisis detallado del posicionamiento del TEAC ante determinadas operaciones de reestructuración y su regularización, expuesto en sus resoluciones del 22 de abril, 27 de mayo y del 12 de diciembre de 2024. *Revista Técnica Tributaria*, (149), 273-338.

SUMARIO

1. Introducción
2. Descripción del supuesto de hecho.
3. Cuestiones sobre las que se pronuncia el TEAC
4. Encaje de la operación y su motivación económica
 - 4.1. Encaje de la operación
 - 4.2. Presupuesto para la aplicación de la cláusula antiabuso. Cuestiones previas
 - 4.3. Valoración por parte del TEAC de los motivos económicos alegados por la recurrente
5. Análisis de la crítica del TEAC a la contestación de la DGT nº V2214-23
6. Regularización de la operación propuesta por el TEAC
7. Conclusión

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto analizar las recientes resoluciones del Tribunal Económico-administrativo Central (en adelante, TEAC) de 22 de abril de 2024 (RG 644-2022 y RG 6452/2022), de 27 de mayo de 2024 (RG 6513/2022) y de 12 de diciembre de 2024 (RG 5937/2024), así como, su relación con la contestación de la Dirección General de Tributos (DGT) nº V2214-23 de 27 de julio.

Los pronunciamientos del TEAC tratan sobre el mismo asunto, la aplicación del 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 Unión Europea (conocido, también, como régimen FEAC) regulado en los arts. 76 y ss. de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS); en concreto, la aplicación del régimen FEAC en una operación de canje de valores y/o aportación no dineraria de acciones o participaciones sociales.

El régimen FEAC no es una creación del legislador patrio, sino que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico por trasposición del Derecho Europeo, en particular, de la Directiva 90/434/CEE, sustituida por la Directiva 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro (en adelante, Directiva FEAC).

El régimen FEAC tiene como objetivo fundamental la neutralidad fiscal, esto es, evitar que la fiscalidad sea un impedimento en la toma de decisiones empresariales tendentes a la realización de operaciones de reestructuración, reorganización o racionalización de actividades. Dicho propósito de neutralidad fiscal se materializa, esencialmente, con la eliminación del coste fiscal asociado a la ejecución de este tipo de operaciones de reestructuración, mediante el diferimiento de las plusvalías resultantes de la transmisión de los elementos patrimoniales consecuencia de estas operaciones.

El régimen FEAC reconoce un listado de operaciones de reestructuración empresarial a las que la LIS atribuye, con carácter general, un efecto neutral, por varias razones, (i) las mismas son ejecutadas por los empresarios para mejorar la estructura a través de la cual intervienen en el mercado, (ii) dichas operaciones no dan lugar a transacciones monetarias, en realidad se trata de disponer de una forma distinta de lo que ya se tenía, por lo tanto, la manifestación de capacidad económica que, en última instancia, las mismas pudieran generar es indirecta y (iii), además, el efecto propio de este régimen es el diferimiento de la tributación, no su eliminación, no perjudicando los intereses recaudatorios de la Hacienda Pública.

El objeto de esta nota se circunscribe a comentar las mencionadas Resoluciones del TEAC, en relación con la operación de aportación no dineraria, y su contraposición con las conclusiones que parecían desprenderse de la contestación de la DGT a la consulta nº V2214-23, 27-7-2023, publicada previamente.

2. Descripción del supuesto de hecho.

Como se desprende de las resoluciones del TEAC¹ objeto de la presente nota, la operación regularizada consiste en una aportación no dineraria o canje de valores realizado, en 2017, por una persona física, con respecto a las participaciones que mantenía en otras sociedades operativas, con el fin de gestionarlas desde una sociedad holding de nueva constitución.

La operación fue considerada, sin ningún tipo de controversia por parte de la AEAT y del TEAC, como una aportación no dineraria de las reguladas en el art. 87 de la LIS.

Debe destacarse que, con anterioridad a la realización de la operación, la parte aportante-recurrente planteó una consulta a la DGT, en la que manifestaba que los motivos que justificaban la operación eran los siguientes:

- *«Separación del patrimonio personal propio de la consultante de la gestión de sociedades operativas, limitando posibles responsabilidades patrimoniales, en la medida en que la sociedad holding asumirá la gestión de las sociedades participadas, con los medios humanos y materiales propios necesarios para la óptima gestión de las sociedades participadas.*
- *Simplificar la estructura empresarial de la consultante, de manera que la visión de su patrimonio sea más clara y sencilla al ostentar el 100% del capital de una sociedad holding que gestionará las participaciones más significativas que la consultante posee en otras sociedades de actividades de diversa naturaleza.*
- *Centralizar en una única sociedad la toma de decisiones en la gestión de participaciones, al objeto de racionalizar la estructura del patrimonio empresarial, simplificando su gestión y ganando eficiencia y capacidad de organización.*
- *Centralizar en una única sociedad las inversiones empresariales de la consultante, actuando dicha sociedad como vehículo para acometer nuevas inversiones de la consultante.*
- *Canalizar en dicha sociedad los beneficios repartidos por las sociedades beneficiarias para destinarlas a financiar nuevas inversiones.*
- *Centralizar la tesorería.*
- *Potenciar la capacidad financiera de la sociedad holding.*
- *Facilitar la implementación de protocolos familiares de una forma sencilla y eficaz de cara a la sucesión hereditaria».*

A dicha consulta, según indica el TEAC en su resolución, la DGT contestó manifestando que *«estos motivos se pueden considerar económicamente váli-*

¹ Resolución TEAC 6448/2022, de 22 de abril de 2024, resolución TEAC 6513/2022, de 27 de mayo de 2024 y resolución del TEAC 5937/2024, del 12 de diciembre de 2024.

dos a los efectos del artículo 89.2 de la LIS en relación con la realización de la operación planteada. La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por el consultante, sin tener en cuenta otras circunstancias no mencionadas, que pudieran tener relevancia en la determinación del propósito principal de la operación proyectada, de tal modo que podría alterar el juicio de la misma, lo que podrá ser objeto de comprobación administrativa a la vista de las circunstancias previas, simultáneas y posteriores concurrentes en la operación realizada».

La Inspección inició procedimiento de comprobación e investigación abierto con ocasión de la operación de reestructuración referenciada, derivando acuerdo de liquidación, por el cual se concluía que:

«El acogimiento al régimen (de diferimiento de la tributación), aparte del cumplimiento de otros requisitos, exige que la operación se realice por motivos económicos válidos. La inspección entiende, por todo lo expuesto, que no se ha producido, en forma alguna, la reestructuración o la racionalización de las actividades de las personas que participan en la operación ni concurre ningún otro motivo económico válido suficiente. Sí se ha producido, sin embargo, una ventaja fiscal evidente al remansar unos dividendos, que gozan de exención, en la sociedad interpuesta de nueva creación. Esa es la única ventaja evidente que ha producido la aportación no dineraria. No hay mejora de la gestión, ni reestructuración de actividades, ni reorganización del grupo social, ni cambio de responsables de la gestión y dirección, ni incorporación de nuevos socios.»

Lo anterior, se plantea por la Inspección sin tener en cuenta el efecto vinculante de las contestaciones a las consultas vinculantes para los órganos de la Administración Tributaria de aplicación de los tributos recogido en el artículo 89 de la Ley General tributaria y manifestado por el propio Tribunal Supremo en su sentencia núm. 217/2024.

Finalmente, la Inspección, con la exclusión de la aplicación del régimen FEAC, regularizó la ganancia patrimonial total derivada de la alteración del patrimonio en sede de la persona física aportante, que se determinó conforme a los arts. 33 y ss. de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, LIRPF), en concreto, conforme a la regla especial del art. 37.1.d² de dicho texto; por lo que resultó una ganancia patrimonial en base del

2 LIRPF art. 37.1.d «d) De las aportaciones no dinerarias a sociedades, la ganancia o pérdida se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes o derechos aportados y la cantidad mayor de las siguientes:

Primera.— El valor nominal de las acciones o participaciones sociales recibidas por la aportación o, en su caso, la parte correspondiente del mismo. A este valor se añadirá el importe de las primas de emisión.

Segunda.— El valor de cotización de los títulos recibidos en el día en que se formalice la aportación o el inmediato anterior.

Tercera.— El valor de mercado del bien o derecho aportado.

El valor de transmisión así calculado se tendrá en cuenta para determinar el valor de adquisición de los títulos recibidos como consecuencia de la aportación no dineraria.»

ahorro, de 25.590.521 euros, a imputar en el IRPF del ejercicio 2017, ejercicio en el que se realizó la operación de reestructuración.

3. Cuestiones sobre las que se pronuncia el TEAC

El TEAC considera, a modo de síntesis, dos cuestiones controvertidas:

- (i) En primer lugar, si la operación de aportación no dineraria en favor de una sociedad de nueva constitución, con función de holding, y siendo la aportante socia única de la misma, puede acogerse al régimen especial previsto en el capítulo VII del título VII de la LIS, denominado como Régimen FEAC, o si, por el contrario, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 89.2 de la LIS, según el cual:

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

- (ii) En segundo lugar, y sólo para el caso de concluir que procede la aplicación del art. 89.2 de la LIS, si es adecuada la regularización practicada, teniendo en cuenta que este precepto, en su párrafo siguiente y último, recoge que:

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

Una vez expuesta la situación de hecho, entramos a analizar las resoluciones emitidas por el TEAC.

4. Encaje de la operación y su motivación económica

4.1. Encaje de la operación

Como hemos indicado anteriormente, ni el TEAC ni la AEAT se plantean que la operación objeto de regularización no encaje en la definición de aportación no dineraria especial contenida en el art. 87 de la LIS.

4.2. Presupuesto para la aplicación de la cláusula antiabuso. Cuestiones previas

En relación con esta cuestión y antes de entrar a valorar la presencia de motivos económicos válidos, queremos hacer un breve análisis sobre el sentido

y finalidad de la cláusula antiabuso recogida en el art. 89.2³ de la LIS, la cual establece que:

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

Este precepto debe interpretarse bajo el marco de la Directiva FEAC, la cual establece en sus consideraciones iniciales que la finalidad del régimen FEAC es permitir que (i) *«las empresas se adapten a las exigencias del mercado interior, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional»*.

En consecuencia, el régimen se aplica con el fin de garantizar la libre competencia de las empresas en los Estados miembros (Sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2010, Asunto *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, C 352/08).

Debe quedar claro que estamos ante una normativa que persigue aquella finalidad, considerada esencial para el crecimiento económico en condiciones marcadas por la Unión Europea. Por ello, tanto el Tribunal Supremo (sentencia de 16 de noviembre de 2022 (rec. 89/2018)) como el TJUE han coincidido siempre en que la aplicación de la cláusula antiabuso debe ser excepcional y únicamente debe entrar en juego en «en casos particulares». En consecuencia, dicha cláusula antiabuso debe interpretarse de manera restrictiva, puesto que se trata de una excepción al régimen FEAC (Sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2010, Asunto *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, C 352/08).

Centrándonos en la propia cláusula antiabuso, procede traer a colación que la Directiva FEAC, en su consideración inicial decimotercera, recoge la facultad de los Estados miembros para rechazar el beneficio de la aplicación de esta Directiva FEAC cuando la operación de reestructuración *«tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal»*. Asimismo, en su art. 15⁴, la Directiva FEAC establece una cláusula antiabuso para los supuestos en los que se *«tenga como prin-*

3 El art. 89.2 de la LIS *«No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.»*

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

4 La cláusula antiabuso contenida en el art. 15.1 a) de la Directiva 2009/133/CE (Directiva FEAC, que deroga la previa Directiva 90/434/CEE):

«1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1:

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;»

principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal»; es decir, cuando la operación se ejecute única o principalmente para obtener un beneficio fiscal concreto, ésta implicará, en sí misma, un abuso de Derecho.

Por tanto, no estamos ante una exigencia de concurrencia de motivos económicos válidos, sino ante una cláusula antiabuso que evite la aplicación del régimen con la única o principal finalidad de alcanzar un beneficio fiscal concreto (en un sentido similar al que se plantea en el art. 15 de la Ley 58/2003, General Tributaria (en adelante, LGT)).

En consecuencia, para que la Administración pueda inaplicar total o parcialmente el régimen FEAC, debe acreditarse la existencia de abuso, no la motivación económica válida de la operación ejecutada, pues su inexistencia es únicamente una presunción (*iuris tantum*) de que la finalidad podría ser (o no) el fraude o la evasión fiscal.

Mientras la operación no sea abusiva, aun no existiendo motivos económicos válidos, resultaría de aplicación el régimen común FEAC. Lo contrario, sería convertir la presunción *iuris tantum* antes citada en una presunción *iuris et de iure* o lo que es lo mismo, convertir la existencia de una motivación económica válida en un requisito necesario para la aplicación del régimen común FEAC, lo cual es una interpretación claramente *contra lege* (sentencia del TJUE 8 de marzo de 2017, Euro Park Service. Asunto C-14/16).

Por ello, la aplicación del art. 89. 2 de la LIS del régimen común de reestructuraciones exige a las autoridades fiscales y a los tribunales revisores la obligación de valorar la existencia (o no) de abuso del Derecho con ocasión de la operación de reestructuración ejecutada.

Todo lo anterior, se ve reflejado en la sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2017, Asunto C-14/16, Euro Park Service, donde el TJUE manifiesta:

» 53 *En cuarto lugar, en cuanto a la presunción de fraude y de evasión fiscales que establece el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, debe recordarse que esta disposición sólo permite a los Estados miembros establecer una presunción de fraude o de evasión fiscales en el supuesto de que la operación contemplada tenga como único objetivo obtener una ventaja fiscal y, por tanto, no se efectúe por motivos económicos válidos (véanse en este sentido las sentencias de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369, apartado 45, y de 10 de noviembre de 2011, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718, apartado 36).*

54 *En quinto lugar, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, al transponer el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros no pueden recurrir a una presunción general de fraude o evasión fiscales.*

55 *En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha puntualizado, a este respecto, que, para comprobar si la operación de que se trata persigue un objetivo de fraude o evasión fiscales, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse*

a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de dicha operación, dado que el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se han producido o no efectivamente el fraude o la evasión fiscales, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscales e iría en detrimento del objetivo perseguido por la referida Directiva (sentencia de 10 de noviembre de 2011, Foggia – Sociedad Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718, apartado 37).

56 Pues bien, en la medida en que la normativa controvertida en el asunto principal exige de forma sistemática e incondicional, para conceder el beneficio de la tributación diferida de las plusvalías en virtud de la Directiva 90/434, que el contribuyente acredite que la operación en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscales, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscales, esta normativa establece una presunción general de fraude o evasión fiscales.

57 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la adopción de una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal» (descrito en el punto anterior, nº 56)

A lo que añadimos, que el propio Tribunal Supremo, en su sentencia del 16 de noviembre de 2022, rec. 89/2018, Securitas, recoge la jurisprudencia del TJUE, derivada de su sentencia de 8 de marzo de 2017, Asunto C-14/16, Caso Euro Park Service, indicando que la referida sentencia del TJUE «señaló que el art 11.1 no establece una norma antiabuso armonizada, sino que habilita a los Estados miembros, respetando el principio de proporcionalidad, a establecer las normas precisas para evitar el fraude o la evasión fiscal en relación con las operaciones cubiertas por la Directiva 90/434», a lo que el Tribunal Supremo añadió, sobre dicha STJUE que «*interesa detenernos a la referencia contenida respecto de la prueba y su carga, al considerar que corresponde a la Administración tributaria aportar la prueba, cuando menos indiciaria, de fraude o evasión fiscal, para lo cual puede apoyarse en la inexistencia de motivos económicos válidos, que también deberá probar, sin que, por lo tanto, corresponda al contribuyente probar la existencia de dichos motivos económicos válidos, a los efectos de disfrutar del régimen de diferimiento*» (STS 16/11/2022, FD 5º)

En consecuencia, la aplicación del citado régimen especial produce como efecto diferir la tributación y es el sujeto pasivo quien debe probar la concurrencia de los requisitos. La existencia de motivos económicos válidos en una reorganización permite acreditar que la operación no persigue el fraude o la evasión fiscal, aunque su ausencia no determine la aplicación automática de la cláusula antiabuso y no exime de la carga de la prueba a la Administración, para justificar que el principal objetivo es el fraude o evasión fiscales (TS, sentencia 8 de junio de 2023, rec 6528/2021; TSJ Comunidad de Valencia, sentencia de 2 de septiembre de 2024, rec. 454/2023)

Volviendo al caso que nos ocupa, la Administración sitúa la existencia de abuso del Derecho en el «beneficio fiscal» que supone la aplicación de la exención técnica que recoge la normativa del Impuesto sobre Sociedades (LIS art. 21), para evitar la doble imposición interna en el reparto de dividendos de la sociedad filial a la sociedad holding. Esta exención no tiene naturaleza de beneficio fiscal finalista, ni subjetivo, sino técnico, es decir, persigue evitar que un mismo resultado o beneficio tribute más de una vez dentro del circuito societario: primero, en la sociedad filial, por el beneficio generado y segundo, en la sociedad matriz, por la percepción del beneficio distribuido.

Esta exención no se aplica en el socio último-persona física, quien, no hay que olvidar, no ha llegado a percibir tales dividendos. En el momento en el que éste los perciba, dichos dividendos tributarán efectivamente como rendimientos de capital mobiliario en su IRPF.

A lo anterior, hay que añadir que, en contra de lo manifestado por la Inspección y el TEAC, la utilización de una sociedad holding para adquirir o mantener la titularidad de participaciones sociales en empresas es paradigmática o prototípica y tremendamente común, por no decir que la estructura holding es la estructura mayoritaria en el mundo empresarial, lo que implica ya por sí mismo un motivo económico.

Tras lo expuesto, entendemos que la trasposición del precepto comunitario a la normativa interna no es del todo acertada, puesto que:

- 1.- La normativa comunitaria trata el régimen FEAC como un régimen de aplicación general, quedando limitada su inaplicación por la cláusula antiabuso:

1º.1 - En este sentido, no podemos perder de vista el **concepto comunitario del «abuso de derecho»**, el cual debe regir la valoración de toda actuación fraudulenta, sobre la que se plantea la aplicación o no del régimen FEAC. En esta línea, destacamos la sentencia del TJUE de 5 de julio de 2007, **Asunto C-321/05, Kofoed**, de la que transcribimos:

«37 Con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros podrán, con carácter excepcional y en casos especiales, negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación (...) tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal (...)

38 De este modo, el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 (EDL 1990/14154), refleja el principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido. Los justiciables no pueden invocar las normas del Derecho comunitario de manera abusiva o fraudulenta. La aplicación de estas normas no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 24; de 21 de febrero

de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartados 68 y 69; de 6 de abril de 2006, Agip Petroli, C-456/04, Rec. p. I-3395, apartados 19 y 20, y de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Rec. p. I-7995, apartado 35)»

– De la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019, Asunto C-115/16. *Caso N Luxembourg*, es importante traer a colación los principios a tener en cuenta a la hora de interpretar la cláusula antiabuso contenida en el derecho comunitario, y de los que el propio TEAC se hace eco: *«para probar la existencia de una práctica abusiva es necesario que concurren, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, pese a haberse respetado formalmente las condiciones establecidas en la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención*

(...)

De este modo, el examen del conjunto de los hechos es lo que permitirá verificar si concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva, y especialmente si los operadores económicos han efectuado operaciones puramente formales o artificiales, carentes de toda justificación económica y comercial, con el objetivo esencial de obtener una ventaja indebida» (también, recogida, entre otras, en jurisprudencia del Tribunal supremo, como en la STS de 8 de junio de 2023, rec. 6528/2023)

Por tanto, resultaría necesario determinar cuál es la norma, cuyo incentivo o ventaja fiscal se desea. Así como, cuál es el elemento subjetivo del abuso que ha llevado a la creación artificiosa de las condiciones necesarias para la obtención de un beneficio abusivo.

Observamos que, en nuestro caso, la Administración, para justificar el abuso de derecho está equiparando la causa jurídica de la operación con los motivos económicos válidos para respaldar, así, la idea de una actuación fraudulenta en base a motivos económicos artificiales con el fin de gozar de una ventaja fiscal indebida.

Sin embargo, en el caso objeto de estudio, se cumple con la legalidad, con la causa jurídica de la operación, llevando a cabo una operación legal y legítima acompañada de una ventaja fiscal lícita; puesto que la ventaja fiscal del diferimiento de la tributación de los elementos transmitidos es una ventaja propia del régimen de FEAC con el fin de que la fiscalidad no suponga un freno en el crecimiento económico de las empresas y el mercado interior y comunitario.

Así lo manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia del 16 de noviembre 2022, rec. 89/2019: *«La obtención de una ventaja fiscal, está ínsita en el propio régimen de diferimiento, puesto que se caracteriza por su neutralidad fiscal, de suerte que el componente fiscal ni sea disuasorio ni*

incentivador al efecto, se trata de propiciar reestructuraciones mediante la neutralidad fiscal; la ventaja fiscal prohibida es la que se convierte en el objetivo y finalidad de la operación y no motivos económicos o empresariales, razones estas que lo justifica.»

1º.2 De la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto C-126/10. *Caso Foggia-SGPS contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, cabe extraer otra serie de conclusiones: sólo será aplicable la cláusula antiabuso cuando se persiga con la operación el fraude o la evasión fiscal, presumiéndose esta finalidad cuando no se efectúe por motivos económicos válidos y se pruebe que la operación tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal.

La existencia de motivos económicos válidos, en el sentido del mencionado artículo 11.1.a de la Directiva 90/434/CEE —cláusula antiabuso—, va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación que sólo persiguiera tal objetivo no puede justificarse en un motivo económico válido en el sentido de dicho precepto.

En la sentencia se insiste en que el examen ha de hacerse caso por caso, no pudiéndose basar la exclusión del régimen de diferimiento en meras presunciones, ni tampoco en que el obligado tributario no haya probado motivos económicos válidos; siendo necesario el examen global de la operación y no atendiendo sólo a elementos aislados.

Se observa que el TJUE es contrario a toda normativa cuya aplicación (o interpretación) exija la existencia de motivos económicos válidos para que pueda aplicarse el régimen especial de diferimiento, aun no existiendo una conducta abusiva.

A mayor abundamiento, no se puede presumir una conducta abusiva por el mero hecho de la inexistencia de motivos económicos (presunción *iuris et de iuris*), sino que es necesario probar que existe una ventaja fiscal y ésta es abusiva, recayendo en la Administración la carga de la prueba de la inexistencia de motivos económicos válidos —como presunción de fraude— y el propio fraude fiscal o abuso del Derecho (TS, sentencia 16 de noviembre de 2022, rec. 89/2018)

Por último, hay que indicar que, si bien es cierto que la normativa interna, en la exposición de motivos de la LIS, recoge que *«este régimen se configura expresamente como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración»*, de acuerdo con la normativa comunitaria expuesta, también es cierto que, cuando este régimen es analizado y valorado por la Administración tributaria, es considerado como un régimen especial, beneficioso, que sólo se debe aplicar excepcionalmente.

2.— Como ya hemos apuntado, la normativa comunitaria trata la falta de motivo económico válido como una mera presunción del fraude fiscal pretendido, una presunción *iuris tantum*, permitiendo prueba en contrario. Lo que supone que el hecho de que no exista motivo económico válido no tiene por qué conllevar en sí una intencionalidad de fraude fiscal. Así,

el hecho de que no exista motivo económico válido se vincula al abuso del Derecho, evitando la aplicación del régimen FEAC, cuando el único objetivo es beneficiarse abusivamente de una ventaja fiscal.

- (i) En la misma línea, se posiciona el Tribunal Supremo en su sentencia del 16 de noviembre de 2022, rec. 89/2018, Securitas Seguridad Holding SL., destacando el fundamento de derecho quinto:

«En definitiva, el que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades participantes, puede constituir una presunción de que la operación tiene como objetivo principal el fraude o evasión fiscal, esto es, conseguir una ventaja fiscal indebida, pero lo determinante viene a ser la finalidad elusiva o evasiva, no en sí concurre un motivo económico válido, puesto que este se configura como hecho base de una presunción cuya consecuencia es la finalidad fraudulenta prohibida, sin que la obtención de una ventaja fiscal pueda determinar, por sí, la suerte de la calificación de la operación, en tanto que el obtener una ventaja fiscal, cuando esta no es el objetivo principal de la operación, sea, per se, ilegítima, puesto que el obtener una ventaja fiscal en modo alguno resulta incompatible con el régimen de neutralidad fiscal. Conforme se deriva de los términos del citado artículo de la Directiva, se contiene una presunción, rebatible, de fraude o evasión fiscal, basada en el hecho de que la operación no se hubiere efectuado por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades. Los motivos económicos válidos van a servir para comprobar que no se persigue la evasión o fraude fiscal. En esta línea se ha desarrollado la doctrina jurisprudencial, sentencias de 16 de marzo de 2016, rec. cas. 1815/2014 ó de 4 de julio de 2014, rec. cas. 725/2012.

Los pronunciamientos del TJUE al efecto son bien elocuentes y nos han de servir para resolver el caso que nos ocupa, en tanto que las distintas versiones a lo largo del tiempo de la normativa aplicable han creado dudas que las sentencias del TJUE que comentamos ayudan a despejar.

Para el Tribunal europeo el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la búsqueda de una ventaja fiscal. Al efecto, en el Asunto C-28/95 (A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2), sentencia de 17 julio de 1997, el TJUE consideró que la Directiva debe interpretarse de tal forma que las autoridades nacionales competentes deben realizar un examen global y detallado de la operación, caso por caso, para determinar si persigue el fraude o la evasión fiscal; correspondiéndole a los jueces internos comprobar si procede la aplicación del régimen de neutralidad fiscal atendiendo al conjunto de la operación y valorar si prevalecen los motivos económicos válidos sobre la ventaja fiscal que se adquiere...

(...)

La obtención de una ventaja fiscal está ínsita en el propio régimen de diferimiento, puesto que se caracteriza por su neutralidad fiscal, de suerte que el componente fiscal ni sea disuasorio ni incentivador al efecto, se trata de propiciar reestructuraciones mediante la neutralidad fiscal; la ventaja fiscal prohibida es la que se convierte en el objetivo y finalidad de la operación y no motivos económicos o empresariales, razones estas que lo justifica. La ventaja fiscal, fuera de los casos en los que se presente como objetivo espurio, es legítima dentro de la economía de opción, en los términos antes explicados;»

- (ii) Siendo más clara si cabe, la posición del Alto Tribunal en su sentencia del 23 de noviembre de 2016, rec.3742/2015⁵, destacando el fundamento de derecho tercero:

... no se aplicará el régimen de diferimiento cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participen en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, pueden existir otros motivos económicos válidos, que no sean la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades, pues como en otras ocasiones ha dicho este Tribunal Supremo, «Con tal que el negocio aspire, razonablemente, a la consecución de un objetivo empresarial, de la índole que fuere, debe decaer la idea de que, en los términos legales»

(...)

lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más, y simple y llanamente para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista, que no concurran motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, «tales como», aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecte con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial. »

5 Destacamos un giro en las últimas contestaciones de la Dirección General de Tributos, en las que se recoge la presente sentencia del Tribunal Supremo para concluir que, en definitiva, si el objetivo principal perseguido con la operación de reestructuración fuese el fraude o la evasión fiscal, o dicho, en otros términos, fuese lograr una ventaja fiscal espuria o ilegítima, entraría en juego la cláusula contenida en el artículo 89.2 de la LIS y procedería eliminar la referida ventaja fiscal ilegítima (DGT CV 19/2025 y V223/2015).

En cambio, la normativa interna es algo ambigua en su redacción, tomando como una señal del fraude intencionado la carencia de motivos económicos válidos de la operación, de forma tal que el art. 89.2 LIS establece:

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

De hecho, la Inspección llega más lejos, indicando que, si no hay motivo económico válido, la operación no puede acogerse al régimen FEAC. Así, lo podemos verificar en el extracto del acuerdo de liquidación de la Inspección que traemos a colación, en el que se indica que el *«acogimiento al régimen (de diferimiento de la tributación), aparte del cumplimiento de otros requisitos, exige que la operación se realice por motivos económicos válidos»*. Por lo que entendemos que se produce una extralimitación en la interpretación del art. 89.2 de la LIS.

Si bien es cierto que las referidas resoluciones del TEAC parten de la necesidad de realizar un análisis global de la operación, también lo es, en nuestra opinión, que parten de un entendimiento erróneo: la aplicación del régimen FEAC exige una acreditación de la existencia de motivos económicos válidos, en los que el beneficio fiscal no sea el motivo económico preponderante.

En nuestra opinión, la existencia de motivos económicos válidos más o menos relevantes no habilitan per se la aplicación de la cláusula antiabuso contenida en el art. 89.2 de la LIS, lo que sí permite la aplicación de la citada cláusula de control, es la existencia de abuso de derecho, es decir, la utilización de este régimen de forma artificiosa para la obtención de un beneficio fiscal concreto. Evidentemente, el análisis de los motivos económicos puede ayudar a descartar la existencia de abuso, pues, cuando estos concurren, difícilmente podrá hablarse de abuso de derecho, pero la no concurrencia de tales motivos o la existencia de motivos más o menos destacados no permite la aplicación automática del art. 89.2 de la LIS.

Por ello, consideramos que la posición de la Administración tributaria, centrando el debate exclusivamente en la motivación económica y no en el abuso de derecho, no es correcta, en primer lugar, porque no se corresponde con lo dispuesto en el art. 89.2 de la LIS y, en segundo, porque la apreciación de tales motivos está cargada de subjetividad al tratarse de cuestiones sobre las que no existe una verdad única, lo cual da lugar a una inseguridad jurídica muy relevante, justo lo contrario de lo que persigue el régimen FEAC.

4.3. Valoración por parte del TEAC de los motivos económicos alegados por la recurrente

Tras lo comentado en el punto anterior sobre la normativa comunitaria y sobre su pretendida trasposición a la normativa interna, pasamos a analizar

cómo el TEAC interpreta la normativa comunitaria e interna en sus resoluciones objeto de estudio.

El TEAC, en su Fundamento de Derecho Quinto de la RG 6452/2022, comienza asumiendo la cláusula antiabuso de la Directiva FEAC y la interpretación de la misma del TJUE, considerando que el motivo económico válido va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal y que, por tanto, la cláusula antiabuso debe evitar la aplicación del régimen FEAC cuando la operación de reestructuración se efectúa con el único o esencial propósito de conseguir unas concretas ventajas tributarias que, de otra forma, no se hubiesen conseguido y que, por ello, han de considerarse abusivas (STJUE de 17 de julio de 1997, Asunto C-28/1995, Leuer-Bloem).

El TEAC, en esta línea, manifiesta que *«la ausencia, a la hora de analizar una operación de reestructuración, de lo que venimos denominando «motivos económicos válidos» determinará la improcedencia de acogerla a la aplicación del Régimen FEAC siempre que la Administración pueda identificar que el objetivo principal o esencial de la operación es el fraude, esto es, que, con ella, se ha pretendido obtener, de forma abusiva, una ventaja fiscal»*,

La apreciación de la concurrencia, o no, de motivos económicos válidos que justifiquen una operación sujeta al régimen FEAC es una cuestión de hecho que corresponde ser acreditada o desvirtuada en el marco, normalmente, de un procedimiento administrativo de comprobación.

Seguidamente, con el fin de desarrollar la cláusula antiabuso y su aplicación, el TEAC expone una lista no excluyente de motivos económicos válidos acordes con el régimen FEAC que han tenido el beneplácito del propio Tribunal Supremo (STS del 23 de noviembre de 2016, rec. 3742/2015; STS de 31 de marzo de 2021, rec. 5886/2019) como la racionalización de la estructura del grupo en función de las distintas actividades desarrolladas o la separación de actividades con distinto perfil de riesgo, periodo de maduración y rentabilidad, la racionalización en la toma de decisiones en función de cada actividad o la búsqueda de mecanismos tendentes a facilitar el relevo generacional y la supervivencia de la empresa familiar. Así, lo recoge el propio Tribunal Supremo, en su sentencia del 31 de marzo de 2021, rec. 5886/2019, al declarar que *«... Es perfectamente posible que una operación no se lleve a cabo por motivos económicos válidos –y hemos declarado que no necesariamente han de ser los de reestructuración o racionalización empresarial, sino otros posibles, también legítimos–...»*

En contra, y con carácter general, el TEAC añade que no se han admitido como motivos económicos válidos aquellos que no llevan implícitos un propósito o finalidad organizativa, como el reparto de un patrimonio común con coste fiscal nulo o aquellas operaciones en las que el fin perseguido sea, meramente, la transmisión a terceros de una parte del patrimonio empresarial sin soportar tributación (no siendo estas motivaciones aplicables a los casos que nos ocupan en las resoluciones objeto de estudio).

El TEAC llega a dar un giro de tuerca más, admitiendo la posibilidad de que concurren motivos fiscales sin que ello determine la inaplicación del régimen

FEAC, siempre y cuando tales motivos fiscales sean secundarios y no preponderantes:

«Por tanto, apreciada, al analizar una operación de este tipo, que existen «motivos económicos» pero, también, una motivación fiscal que podría considerarse abusiva o fraudulenta, procedería comparar ambos para determinar cuál es el prioritario y sólo en el caso de que se concluya que esta última es la principal o la preponderante, acudir al mecanismo de regularización previsto en el artículo 89.2 de la LIS, procediendo a la eliminación de esta última, puesto que por ello se podría afirmar que el objetivo o la finalidad principal de la operación era el fraude o la evasión fiscal (es decir, que lo que se pretendía, al realizarla, esencialmente, era acceder a una ventaja fiscal que, de no haberse llevado a cabo la operación, no sería «accesible»)» (RTEAC RG 6452/2022, de 22/04/2024, FD 5º).

En consecuencia, sobre los motivos económicos de la operación, el TEAC introduce la comparación *«motivación económica vs. ahorro fiscal»* como medida del presunto fraude fiscal perseguido en la operación. Lo podemos observar en el Fundamento de Derecho Noveno de la Resolución del TEAC, en la cual se expone:

«Sin perjuicio de que este Tribunal comparta la apreciación de las pruebas realizada por el órgano inspector, y sus conclusiones al respecto, esto es, la preponderancia de los motivos fiscales de la operación frente a los económicos aducidos por la interesada, circunstancias que, como hemos visto, habilitan a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LIS...

(...)

lo que se ha producido: teniendo en cuenta que la entidad ha pretendido la aplicación del régimen; la Inspección de los Tributos, en el curso de las actuaciones inspectoras, le ha pedido justificar la realidad de los «motivos económicos válidos distintos del ahorro fiscal» que explicaron la operación que se llevó a cabo, habiéndose determinado, en una conclusión que ha quedado avalada por este TEAC según lo expuesto en la presente resolución, que no existían tales «motivos económicos válidos», y sin que quepa aceptar que la contestación de la DGT a la consulta antes citada obligue a admitir lo contrario»

Evidentemente, el balance entre *«la motivación económica y el ahorro fiscal»* debe plantearse, pero, en nuestra opinión, no como lo está haciendo la Inspección ni como lo ha hecho el TEAC y máxime con la carga de subjetividad que acompañan a sus apreciaciones.

Volviendo a la comparativa *«motivación económica y ahorro fiscal»*, consideramos que no se pueden poner en una misma balanza las motivaciones económicas, en gran parte subjetivas y, por ende, discutibles, y un presunto ahorro fiscal. Puesto que las primeras pueden ser de distinta índole y no siempre cuantificables, sin que ello pueda llevar a la negación de su existencia. Las motivaciones atienden a circunstancias y apreciaciones concretas del contribuyente, de su visión del mercado, de la evolución de su negocio, del traspaso generacional del mismo, además de depender, para su concreción, del transcurso del tiempo o de la concurrencia de determinadas circunstancias (p.ej. oportuni-

des de reinversión, distribución de dividendos a las personas físicas, entre otras).

A diferencia de las motivaciones económicas vinculadas a las operaciones de reestructuración (éstas con vocación de permanencia, mientras el mercado lo permita), la determinación del presunto ahorro fiscal responde a un cálculo objetivo de un antes y un después, éste agravado, en el presente caso, por la simple comparación realizada por parte de la Inspección entre dos situaciones: la existencia o no de una sociedad holding de cara a la tributación directa del socio-persona física, unido a la existencia de reservas previas a la operación de reestructuración y su distribución, en parte, tras la misma.

Así, se advirtió en la nota de la AEDAF Grupo IRPF en febrero de 2024 referida a la contestación de la DGT nº V2214-23, *«en los asuntos que llegan a los tribunales, (TEA's y TSJ), lo que se plantea es valorar si un «ahorro o ventaja fiscal» perfectamente cuantificado por la Administración tributaria, tiene mayor relevancia que una motivación económica basada, normalmente, en criterios y principios básicos de organización empresarial con una alta dosis de subjetividad. En otras palabras, lo que se pone encima de la mesa de quienes tienen que revisar la aplicación del régimen FEAC es, por un lado, una cuantía de un presunto «ahorro o ventaja fiscal» y, por otra, una causa o motivación cuyos efectos concretos tienen una proyección indirecta, mediata y diferida en el tiempo, por ello, o estas motivaciones se explican bien o resulta fácil que el juzgador dé mayor relevancia al ahorro fiscal que a la motivación económica planteada.⁶»*

Esto es lo que ha ocurrido en el presente caso. Puesto que la Administración considera (i) que se ha buscado un ahorro fiscal (ii) que este ahorro fiscal se produce cuando los beneficios obtenidos por la sociedad productiva aplicados a reservas son distribuidos a la sociedad holding de nueva creación, acogiendo ésta a la exención para evitar la doble imposición prevista en el artículo 21 de la LIS, en vez de ser distribuidos al socio-persona física, quien hubiese tributado por los beneficios recibidos en su IRPF, (iii) que este ahorro fiscal se cuantifica en el IRPF dejado de ingresar por el socio-persona física, al no recibir directamente los dividendos de la sociedad operativa y (iv) que, si este ahorro fiscal se contrapone con su análisis subjetivo de la motivación económica que supone la estructura holding, resulta como abusiva la aplicación de la exención para evitar la doble imposición.

No debemos dejar de indicar (i) que el ahorro fiscal, a lo sumo, consiste en un diferimiento de la tributación que, en ningún caso, supone una pérdida de recaudación para la Hacienda Pública (ii) que el socio-persona física aún no ha recibido los dividendos, dividendos que, cuando los perciba, sí serán objeto de tributación en su IRPF (iii) que la Administración cuantifica el ahorro fiscal considerando que los resultados distribuidos por la sociedad operativa a la sociedad holding proceden de los beneficios obtenidos por aquella aplicados a las reservas antes de la aportación, como si esta sociedad no hubiese reinvertido los beneficios obtenidos en la propia actividad antes de la aportación o no los fuera

⁶ Ver nota de la AEDAF «Comentario a la contestación de la DGT número V2214-23 de 27 de julio de 2023» de febrero de 2024.

a reinvertir en un futuro (adquisición de inmovilizado, stock, financiación de clientes.).

Todo lo anterior supone, para la Inspección y, posteriormente, para el TEAC, un motivo para limitar la aplicación del régimen FEAC en la creación de estructuras holding (no puede olvidarse que ello supone una discriminación frente a las estructuras holding preexistentes). Lo que, en nuestra opinión, no supone una actuación contra el fraude fiscal, sino un perjuicio para las empresas españolas, compitiendo en peores condiciones, puesto que, entre otras cuestiones: (i) les aboca a desarrollar actividades de distinta naturaleza en una misma sociedad, lo que implicará que la información de sus balances no represente la realidad del negocio (ii) impide que los riesgos no se separen o vinculen por actividades, (iii) da lugar a que la financiación sea menos accesible, perjudicando las nuevas inversiones, su estructura financiera no sea la óptima... (iv) complica la entrada de nuevos socios por proyectos, o el control de determinados paquetes accionariales, (vi) impide garantizar la sucesión del negocio... En definitiva, se está privando a las empresas del derecho a autoorganizarse de la forma en la que consideran más favorable o conveniente para su subsistencia.

4.3.1. Utilización de una Sociedad Holding

En el estudio de la operación no dineraria o de canje de valores, el TEAC hace referencia a las sociedades holdings como «*sociedades interpuestas*»⁷; consideración que nos parece poco adecuada para una sociedad holding.

La estructura holding es una estructura prototípica, estudiada en los manuales de organización empresarial como figura organizativa idónea, siendo una estructura muy común, por no decir mayoritaria, en el mundo empresarial. La sociedad holding permite vehiculizar inversiones, separar actividades y riesgos, agrupar los derechos y obligaciones de los socios de las distintas sociedades participadas, permite una mejor gestión de los derechos de voto de los accionistas en beneficio de todas las sociedades integrantes del grupo empresarial, facilita la transmisión o sucesión del grupo empresarial, así como, permite el acceso y atención a la financiación en mejores condiciones, canalizándola hacia las sociedades participadas según sus necesidades⁸.

A lo que añadimos que, si tenemos en cuenta lo comentado anteriormente sobre la conducta abusiva en la normativa comunitaria y su requisito objetivo y subjetivo, la constitución de una sociedad holding, como negocio cierto y consistente, difícilmente podría tener el carácter de actuación abusiva.

⁷ La RTEAC de 22 de abril se refiere a la sociedad holding en varias ocasiones como «*sociedad interpuesta*»

⁸ Así, por ejemplo, David López Pombo, en el manual «Manual de fusiones y adquisiciones de empresas», edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid (LA LEY 2871/2016):

«*En las operaciones de compraventa de la sociedad titular del negocio, la práctica más habitual es que su adquisición se realice a través de una entidad, normalmente residente en España. Esta entidad se suele financiar mediante una combinación de fondos propios y deuda que, normalmente, es facilitada al comprador por entidades financiadoras no vinculadas. La composición de financiación propia y ajena debe depender, obviamente, de motivos ajenos a lo fiscal: al final, todo ello dependerá de la rentabilidad que se espera obtener del negocio, que puede hacer financieramente interesante incurrir en financiación ajena.*»

De hecho, tanto el TJUE como el TS y el propio TEAC han analizado la estructura Holding desde la perspectiva de otros tributos y, en ningún caso, la han considerado como una sociedad interpuesta y mucho menos abusiva; nos referimos, por ejemplo, al análisis de las sociedades holding y el IVA, donde los citados tribunales reconocen la existencia habitual de este tipo de estructuras, llegando a clasificarlas entre las sociedades holdings «puras» (cuando no realizan actividad económica en relación con sus filiales) y «mixtas» (cuando, además de permitir la estructuración de las sociedades participadas, les prestan servicios de asesoramiento, de gestión y de financiación a las participadas)⁹.

Por ejemplo, la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015, Asunto acumulado C-108/14 y C-109/14, Larentia + Minerva, señala, en el apartado 25, que *«los gastos vinculados a la adquisición de participaciones en sus filiales, soportados por una sociedad de cartera que interviene en su gestión y que, como tal, ejerce una actividad económica, como se ha recordado en el apartado 21 de la presente sentencia, deben considerarse afectados a la actividad económica de dicha sociedad y el IVA soportado sobre dichos gastos será objeto de una deducción integral, con arreglo al artículo 17, apartado 2, de la Sexta Directiva»*. Así, también, se recoge en la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2008, Asunto C-437/06, Securenta.

La Resolución del TEAC de 26 de febrero de 2020 (R.G 3698/2016), versa sobre una sociedad holding que realiza una actividad económica únicamente con respecto a una de sus sociedades filiales, mientras que no realiza ninguna actividad económica respecto al resto. En este caso, el TEAC señala que las cuotas soportadas por la sociedad holding en concepto de gastos generales serán deducibles conforme a un criterio de reparto entre la actividad económica y la no económica desarrolladas:

«En cuanto a las cuotas soportadas que la Inspección considera no deducibles por corresponder a gastos que no se destinan de forma exclusiva al desarrollo de su actividad empresarial o profesional, ha de tenerse en cuenta lo referido anteriormente en cuanto a lo resuelto por el TJUE, referido a la deducibilidad de las cuotas soportadas por las sociedades que se califican como «holdings mixtas», y que resulta en la consideración de que los gastos comunes serían deducibles conforme a un criterio razonable que tenga en cuenta la actividad económica y la actividad no económica desarrollada por la entidad».

También, la DGT trata a la sociedad holding como una estructura habitual en el mundo empresarial, por ejemplo, en la reciente contestación de 5 de marzo de 2025, nº V0234-25, en el que la consultante se describe como una *«mercantil que actúa como entidad holding de varias entidades mercantiles en las que participa íntegramente»* y la DGT entre otras cuestiones plantea que *«Según manifiesta la consultante en su escrito, la misma presta una serie de servicios de gestión o corporativos a las entidades participadas motivo por el cual, la entidad*

⁹ Así, por ejemplo, el TJUE de 27-09-01, Asunto C-16/00, Cibo Participations, señala que los gastos efectuados por la sociedad cabecera, por los distintos servicios utilizados en relación con la adquisición de participaciones en una filial, forman parte de sus gastos generales y, por consiguiente, presentan en principio una relación directa e inmediata con el conjunto de su actividad económica.

consultante tendrá la consideración de «holding mixta» y por ende, la condición de empresario o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido».

En definitiva, puede observarse que, en relación con otras cuestiones, tanto el TJUE como el TEAC y la DGT, tratan la estructura holding como una forma de organización empresarial absolutamente normal y consolidada en el mercado.

Sin embargo, y volviendo a las resoluciones del TEAC objeto del presente estudio, la Inspección primero y, luego, el TEAC proyectan una imagen de la estructura holding como una estructura abusiva, carente de sentido, cuyo único propósito es el ahorro fiscal para el socio-persona física, llegando a calificarla como sociedad «interpuesta». Así, lo expone la Inspección al indicar que *«las razones económicas o de gestión invocadas no se ven modificadas por la creación de sociedades interpuestas... sin que pueda advertirse incidencia alguna en la organización y desarrollo de la sociedad (filial XZ-JK)»*

En esta línea, la Resolución del TEAC nº 6452/2022, de 22 de abril de 2024 señala *«Por tanto, ni desde una perspectiva ex ante, ni por lo verificado a posteriori, queda acreditada que la aportación de acciones de XZ-JK a TW, que es la operación de reestructuración cuyo acogimiento al Régimen FEAC es la cuestión objeto de controversia, haya variado la gestión administrativa, económica y técnica de aquella ni del grupo, como tampoco ha supuesto una verdadera y efectiva reestructuración del entramado empresarial de las sociedades implicadas.»*

De hecho, la utilización de la calificación de «sociedad interpuesta» por parte de la Inspección y del TEAC contamina las conclusiones que ambos organismos alcanzan, pues todo su fundamento se basa en la falta de sentido económico, según su apreciación, en la creación de la sociedad holding, obviando la misma para anudar los efectos de la ejecución y el funcionamiento de la estructura alcanzada al propio contribuyente como si la nueva sociedad holding no existiese o, lo que es peor, como si la misma fuese propia de una conducta abusiva.

4.3.2. Motivos económicos alegados por el aportante y su valoración por el TEAC

Pasamos a exponer y analizar las valoraciones del TEAC, en sus resoluciones, a las distintas alegaciones aportadas por la parte recurrente:

- El TEAC comparte con la Inspección la conclusión de que la sociedad holding creada *«poco aporta a la actividad económica (...) la incorporación de TW –sociedad holding de nueva creación– a su estructura empresarial, ya que la toma de decisiones le sigue correspondiendo, sin duda, a D.^a Axy ahora como administradora y socia única de la sociedad holding. Tampoco parece que TW tenga una actividad económica distinta de la mera gestión patrimonial que ya realizaba D.^a Axy directamente como persona física.»*

Este Tribunal entiende que *«la simplificación de gestiones o en la toma de las decisiones empresariales, que ampararía un motivo económico*

válido (...), debería implicar, en su caso, al menos, una reducción significativa de los costes incurridos por el grupo...»

Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que la simplificación no tiene por qué implicar en todo caso una reducción de costes, puede significar, por ejemplo, un mayor control o, incluso, una gestión más costosa pero más ágil o eficaz. Por otro lado, aglutinar en una sociedad holding las participaciones de diversas sociedades, centralizando la gestión y dirección general del grupo societario, ha sido admitido por la DGT en multitud de ocasiones como un motivo económico válido desde un punto de vista objetivo. Así, se recoge en la contestación a la consulta por la DGT número V2157-15 considerando como motivo válido *«concentrar todas las participaciones del consultante bajo una única estructura societaria»* (también, se recoge en las contestaciones a consultas números V3917-15, V3306-13 o V2861-17, entre otras). Con ello, queremos decir que lo que para el TEAC no es válido sí lo ha sido para la DGT, demostrando que no se trata de una simple cuestión de hecho, sino de una cuestión cuyo análisis incorpora una alta dosis de subjetividad, pues incluso en el seno de la propia Administración tributaria existe una clara disparidad de criterios.

A mayor abundamiento, tanto la Inspección como el TEAC están aplicando una discriminación negativa contra las sociedades holding de nueva creación frente a las sociedades holding preexistentes.

- El TEAC considera que *«se ha introducido una entidad holding, que pertenece al 100% a la persona física, D.^a Axy, y que, según resulta del acuerdo liquidatorio, carece de medios materiales y humanos para realizar una gestión patrimonial; ello, a juicio de este TEAC, no supone una simplificación de la estructura sino, por el contrario, una ampliación infructuosa de la misma: la persona física, reclamante, sigue participando en la gestión de XZ-JK –sociedad participada– y, a partir de ahora, además, debe asumir la gestión (por sencilla que sea) de TW.»*

Es procedente recordar la definición de entidad patrimonial recogida en la LIS art. 5.1, por la que, en una sociedad holding, se consideran bienes afectos a la actividad la participación en, al menos, un 5%, con derecho a voto, en las entidades participadas, cuando se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga, para ello, de la organización de medios materiales y personales. A este respecto, no hay que olvidar:

- La condición de entidad patrimonial no depende de la naturaleza o el número de socios.
- Se exige la suficiencia de la organización, no para controlar la gestión de las entidades participadas, sino para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como, para tomar las decisiones relativas a la propia participación. Lo importante, a estos efectos, será que la sociedad disponga de medios materiales y personales, aunque mínimos, que se ocupen de la gestión

ordinaria de la entidad participada mediante la adecuada administración de las participaciones poseídas (DGT CV 2328-23, 10/08/2023).

- La figura del administrador de la sociedad cabe considerarla como medio adecuado para la gestión de las participaciones, siempre que permita tomar de forma efectiva las decisiones relativas a la gestión y dirección de las participaciones, incluyendo los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio de las entidades (DGT CV 3370-16, 18/07/2016).

Por lo que no es un inconveniente la existencia de un socio y administrador único como medios en la gestión de las participaciones centralizadas en la sociedad holding.

- La participación de la sociedad holding en el consejo de administración de las sociedades participadas es una muestra más de la evolución estructural hacia una eficiente gestión de las participaciones, y no una prueba más de una conducta abusiva.

La parte recurrente alegó que el nombramiento de la sociedad holding miembro del consejo de administración de la sociedad operativa permite limitar las responsabilidades ante determinadas situaciones, como en el caso de concurso de acreedores y de disolución. Este motivo legalmente previsto es valorado por la Inspección y el TEAC como negativo, con intencionalidad fraudulenta a nivel mercantil, no a nivel fiscal. Por lo que consideramos que queda fuera de todo fundamento en el caso objeto de estudio; máxime, cuando el propio Derecho regula las extralimitaciones, bajo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, tanto el TS como el propio TEAC en otros asuntos han reconocido que la protección del patrimonio es un motivo económico válido (STS de 23 de noviembre de 2016 (Rec. 3742/2015) y la resolución de TEAC de 8 de octubre de 2019)¹⁰

- Sobre la retribución del administrador y su mantenimiento, ha sido considerada por la Inspección y el TEAC como una prueba más de la intención elusiva del aportante, si bien, no se indica por qué esta situación tiene un efecto elusivo. No hay que olvidar que la vinculación entre el administrador y su sociedad no alcanza a la retribución del administrador, que no queda sujeta al procedimiento de comproba-

10 STS de 23 de noviembre de 2016 (Rec. 3742/2015) «De la doctrina general sobre la cuestión expuesta en el Fundamento anterior, resulta clara la corrección de la tesis que mantiene la parte recurrente. La Sala de instancia identifica los motivos por los que se llevaron a cabo las operaciones «separar el patrimonio de la recurrente para limitar los riesgos de las distintas actividades desarrolladas, y que las operaciones han beneficiado a las sociedades del grupo al limitar sus riesgos empresariales», en modo alguno, ni directa, ni indirectamente, conecta estos motivos con perseguir como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, sino que realiza una interpretación del art. 96 excesivamente amplia al exceder del alcance que se desprende de su literalidad y de la propia finalidad de la norma, en cuanto que se afirma que «La necesidad de concurrencia de motivos económicos válidos, no solo viene referida a la finalidad de elusión fiscal, sino también en aquellos casos en que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, en cuyo caso se disfruta de unas ventajas fiscales previstas para operaciones que no son las realizadas»; al contrario, como

ción a valor de mercado de operaciones entre partes vinculadas (LIS art. 18.2.b).

Si bien, es cierto que la retribución del representante-persona física de la sociedad integrante en un consejo de administración, sí puede considerarse operación entre partes vinculadas. Pero, su comprobación y regularización supondría otro tipo de procedimiento, independiente del presente (RTEAC 1354/2023, 24 de septiembre de 2024 y RTEAC 1784/2023, de 20 de marzo de 2024).

- La Inspección y el TEAC, en la línea de considerar la sociedad holding como sociedad interpuesta, confunden la sociedad holding con el propio socio, incluso, al valorar la manifestación de capacidad económica de la sociedad holding como propia del socio persona física, pues consideran que la operación supone una continuidad en la capacidad económica y de decisión de las personas físicas, dueñas de las entidades del grupo, si bien *«pasando de residenciarse en una persona física a una persona jurídica la titularidad de las distintas entidades, y de sus dividendos, con un ahorro fiscal evidente»*

Como decimos, no puede admitirse este tipo de confusión, pues equivale a considerar que la sociedad holding y su socio son lo mismo, apreciando aquí una visión extensiva de la normativa, doctrina y jurisprudencia de las «sociedades profesionales» que nada tiene que ver con la situación actualmente analizada. En el presente caso, existen diferencias muy relevantes con respecto a las sociedades profesionales:

- En dichos supuestos, las rentas proceden inequívocamente de la actividad intelectual del socio; actividad ofrecida a terceros, a través de la sociedad profesional.

ha quedado expuesto, lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más, y simple y llanamente para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista, que no concurren motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, «tales como», aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecte con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.

En el caso que nos ocupa, es la propia Sala de instancia la que viene a mantener que las operaciones tendentes a la protección del patrimonio encierran un motivo económico válido, pero en lugar de relacionar el supuesto con el fraude o la evasión fiscal y vincularlo con la finalidad perseguida con el régimen de diferimiento, entra a analizar la intención de la parte recurrente en relación con la relevancia civil de la operación y no acepta que estemos ante un motivo económico válido, no porque la operación tenga por finalidad la elusión fiscal, sino porque «implica una elusión de la responsabilidad patrimonial universal prevista en el artículo 1911 del Código Civil». En definitiva, la sentencia debe ser casada y como jueces de instancia, dado que como se ha razonado se ha rechazado que las operaciones tuvieran como objetivo principal la elusión fiscal, resultaba de todo punto legítimo acogerse al expresado régimen especial, por lo que procede acoger la pretensión actora y anular los actos impugnados.»

- La relación socio-sociedad queda regulada bajo el régimen fiscal específico de partes vinculadas del art. 18 de la LIS, como el hecho de la retribución del socio profesional a valor de mercado.
- La estructura puede ser valorada como simulación, bajo el art. 16 de la Ley 58/2003 General Tributaria (en adelante, LGT).

Sin embargo, nada de esto se da en la sociedad holding, la cual responde a una estructura societaria de lo más habitual en el mundo empresarial para la gestión, estructura y organización de un patrimonio societario.

- Con respecto a la percepción, por la sociedad holding, de un dividendo de la sociedad participada, en ningún caso, puede considerarse la existencia de un ahorro fiscal en la persona física-socio último de la sociedad holding, quien no recibe nada.

El dividendo distribuido de la sociedad participada a la sociedad holding no llega a la persona física, no llega a su patrimonio personal, de hecho, este sigue inalterado por el reparto de dividendos indicado. No hay una ventaja fiscal en la propia persona del socio por el reparto de dividendos, ya que éste no percibe los mismos.

El dividendo distribuido queda en la sociedad holding que, como parte de su actividad, los gestionará de cara a una mejor financiación del grupo empresarial. A este respecto, debemos recoger distintas valoraciones respaldadas por la jurisprudencia del TJUE y del TS, así como, por la doctrina del TEAC:

- El propio TEAC, en sus resoluciones del 8 de octubre de 2019 —como la res. 4869/2016—, manifiesta que la interposición de una sociedad holding no tiene ningún efecto en la persona física, *«no se puede obligar a los contribuyentes a elegir la opción más gravosa desde el punto de vista impositivo cuando en el fondo nada ha cambiado en su situación patrimonial (tenía los bienes en una sociedad y ahora los tiene en otra).»*

Lo anterior, es expuesto por el propio Tribunal Supremo, en su sentencia del 26 de noviembre de 2022, asunto Securitas Seguridad Holding SL, en la que se rechaza la «economía de opción inversa», por la que sólo es legítima aquella opción, entre las posibles, que se decanta por la mayor carga fiscal, de suerte que cabe identificar el fraude cuando no se favorece la mayor recaudación. La doctrina del Tribunal Supremo considera legítimo que los contribuyentes organicen sus operaciones de manera que puedan aplicar la fiscalidad más ventajosa.

En esta línea, la financiación que, a través de los dividendos, podría obtener la sociedad holding para reinvertir en las entidades filiales o en nuevos negocios, podría haberse obtenido mediante un préstamo de la entidad filial a la matriz, una vez realizada la aportación no dineraria a la sociedad holding, a un tipo de interés preferente frente al

mercado (interés preferente que el propio Tribunal Supremo permite en su sentencia del 4 de octubre de 2010, rec. 4954/2005¹¹), seguida de una condonación del mismo, la cual no generaría tributación ni en las sociedades matriz-filial –salvo el 5%¹² por gastos generales según LIS art. 21.1 y 10– ni en los socios personas físicas (contestación a las consultas de la DGT número CV 3769/15, 30-11-2015; CV 2358/2023, 31-8-23; BOICAC núm 79, consulta número 5).

A mayor abundamiento, la financiación dentro del grupo se podría haber obtenido mediante préstamos entre las distintas entidades hermanas, bajo un tipo de interés preferente, con su posterior condonación. La condonación del préstamo entre entidades hermanas integradas al 100% por una misma sociedad (en nuestro caso, integradas por la sociedad holding de nueva creación) no genera tributación ni en las entidades hermanas ni en la sociedad holding-matriz creada con la operación de reestructuración (DGT número CV 1067/2021, 23-4-21). Incluso, sin llevar a cabo la operación de reestructuración con la creación de la sociedad holding, se podrían haber otorgado préstamos entre las entidades hermanas integradas por los mismos socios personas físicas para su posterior condonación, no generando tributación ni en las entidades hermanas ni en los socios-personas físicas (DGT número CV 1856/23, 27/06/2023).

De hecho, los créditos entre la filial y la sociedad holding o entre las sociedades hermanas se considerarían afectos a la actividad de cara a la tributación patrimonial del socio-persona física (DGT CV 3101/2023, 28-11-23 y CV 26/2024, 13-2-2024, STS 10-1-22, rec. 1563/2020).

Por lo que, estas posibilidades de financiación hubiesen sido, incluso, más ventajosas que la propia creación de una sociedad holding y el posterior reparto de dividendos.

Sin embargo, se llevó a cabo una operación de reestructuración porque lo que impulsa este tipo de operaciones va más allá de la mera obtención de unos dividendos de la sociedad filial, puesto que permite adquirir un mayor peso en el mercado, ofrecer una mayor garantía de cara a la obtención de financiación, conseguir una estabilidad en el grupo empresarial, dar entrada a nuevos inversores o, incluso, planificar la sucesión empresarial...

- A lo anterior, hay que añadir que la exención recogida en el artículo 21 LIS es una medida para evitar la doble imposición intersocietaria, es decir, su razón de ser es puramente técnica, persigue evitar distorsiones

11 STS 4/10/2010; rec. 4954/2005; EDJ 2010/226161 «*El tipo de interés preferencial que las entidades financieras aplican a sus mejores clientes es más adecuado para valorar préstamos entre entidades vinculadas que el tipo de interés legal anual*»

12 En el caso de la condonación de préstamos de la sociedad matriz a la filial íntegramente participada, la tributación sería nula, pues no generaría gasto en la matriz al ser considerada una aportación a los fondos propios, ni ingreso en la filial (contestación a las consultas de la DGT número CV118/2017, 23-1-2017).

en el sistema tributario, no estamos, pues, ante un beneficio fiscal finalista.

Esta idea ha sido común y tradicionalmente aceptada por la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos, a la que se le han planteado consultas en las que se cuestionaba directamente la aplicación de la exención para evitar la doble imposición (o la deducción cuando ésta era aplicable) y el citado centro directivo, en ningún supuesto ha considerado que estos beneficios puedan considerarse como un beneficio fiscal abusivo.

En este sentido, se ha preguntado a la Dirección General de Tributos directamente sobre la posibilidad de utilizar esta estructura, empleando términos tan claros y concretos como el de «residenciar», «canalizar» «remansar», los dividendos en la sociedad holding, como motivo económico válido y el centro consultivo ha contestado afirmativamente. En este sentido, por su claridad, podemos citar la contestación vinculante número V4585-16, de 25 de octubre de 2016 en la que se plantea la posibilidad de:

«remansar en estas entidades los dividendos o reparto de reservas que vayan generando las sociedades participadas, de forma que se puedan acometer, en su caso, nuevas inversiones desde aquellas, evitando que se anticipe una tributación por dividendos en sede de los socios personas físicas que minoraría el importe de las posibles reinversiones. Los motivos señalados se consideran económicamente válidos a los efectos de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LIS.»

Del mismo modo, reconoce la Dirección General de Tributos, en su contestación nº V0875-13, de 19 de marzo de 2013 la idoneidad de la estructura holding para *«residenciar en la holding los beneficios de las participaciones con el fin de favorecer la financiación de nuevas inversiones; facilitar la concentración, en una sola sociedad, del patrimonio societario familiar»* o la de 29 de mayo de 2017 nº V1296-17 que analiza como motivo *«residenciar la gestión de excedentes financieros a través de una sociedad matriz que actúe como canalizadora de dichos excedentes para inversiones diversas, y que evite que respondan directa e innecesariamente de la actividad empresarial»*, en ambos casos, reconoce que *«Estos motivos pueden considerarse válidos a los efectos del artículo 89.2 de la LIS.»*

Se trata de un criterio muy consolidado en la doctrina del centro directivo, podemos citar entre otras muchas contestaciones las siguientes, V1822-18, V2929-17, V0322-15, V4583-16, V0972-15, V4582-16, V3544-16, V2768-16, V2416-15, V1066-15, V0312-14, V0353-14 V0024-13, V1242-10, V0135-10, V1625-09, V1247-08, V0033-08...

Más claras resultan las contestaciones en las que directamente se le plantea al centro directivo la posibilidad evitar el coste del IRPF sobre los dividendos y en las que la DGT no considera que éste ánimo o motivo sea abusivo. La contestación nº V1409-13, responde que es un motivo económico válido constituir una sociedad holding para *«Disponer de un vehículo*

societario que permita concentrar los recursos que puedan percibirse del Grupo A, para poder realizar, en su caso, inversiones desde dicha sociedad sin necesidad de pasar previamente por la persona física.» (Exactamente igual la nº V1410-13, V0586-14, V3083-14, V2008-15, V3161-16, V3772-16, V3918-16, V4592-16, V4919-16...). en todas estas consultas, la DGT reconoce que *«estos motivos pueden considerarse válidos a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS»*, sin realizar matización alguna a esta concreta cuestión.

La contestación número V1003-15 expresamente reconoce que *«evitar la merma en la capacidad de reinversión en otras entidades, toda vez que los dividendos que perciben de las sociedades participadas quedan sujetos a tributación en el IRPF»* se considera un motivo económico válido del art. 89.2 de la LIS (en idénticos términos las contestaciones nº V1522-12, V1760-14, V1523-12, V1998-19... entre otras)

Resulta interesante, por su claridad en el planteamiento, la contestación número V2709-17 en la que se plantea como motivación económica *«evitar el coste de IRPF en la distribución de dividendos»* a la hora de reinvertir. En el mismo sentido las contestaciones nº V1468-16, V5403-16, V2709-17, V1989-19, entre otras. De igual manera la contestación nº V5300-16 en la que expresamente se plantea que con la entidad holding se pretende *«eliminar las distorsiones que se producirían si los citados dividendos fueran percibidos directamente por la persona física»* (criterio que compartirán también las contestaciones nº V2718-19, V2002-19, V2267-19...).

Queda claro pues, que el criterio administrativo tradicional ha sido desde siempre que la exención (deducción) para evitar la doble imposición es un mecanismo técnico que busca evitar distorsiones del sistema tributario en el circuito intersocietario, y que, por lo tanto, su aplicación o la posibilidad de aplicarlo en sede de la sociedad Holding no puede tener la consideración de beneficio fiscal abusivo ni preponderante.

A mayor abundamiento, con la última modificación del precepto, se establece la no exención del 5% de los dividendos distribuidos por gastos de gestión no deducibles —como regla objetiva—, independientemente de que la sociedad haya sufragado unos gastos de gestión por dicha distribución de menor o mayor cuantía (LIS art. 21.10). Esta modificación ha supuesto una reducción en la eliminación del 100% de la doble imposición soportada, resultando un coste fiscal frente a otras medidas que se pudieron llevar a cabo como los préstamos entre las sociedades ya comentado. Por tanto, con la estructura holding, incluso, la tributación se ve incrementada en un 1,25% adicional de la que derivaría de no existir la sociedad holding.

- Debe destacarse que, tanto en la visión de la Inspección como en la del TEAC está siempre presente, como beneficio fiscal, la aplicación de la exención para evitar la doble imposición en la distribución de dividendos y en la transmisión de participaciones cualificadas, pero, parece que se olvidan o, por lo menos, no mencionan, que, en el supuesto de que la

transmisión de las participaciones genere pérdidas, éstas no serán deducibles conforme a lo dispuesto en el art. 21.6 de la LIS¹³, que sí lo serían en la persona física aportante de no haberse aportado las participaciones de la sociedad operativa a la sociedad holding.

- Como acabamos de ver, existen multitud de contestaciones a consultas de la DGT avalando, sin considerar que existe una intención de fraude, el reparto de dividendos tras una operación de reestructuración bajo el régimen FEAC, incluso, como el caso que nos ocupa de una aportación no dineraria (DGT CV 3440/2015, 11-11-2015; CV 2328/2023, 10-8-2023)

En cambio, podemos observar que la Inspección y el TEAC consideran que hay una conducta abusiva y fraudulenta en el reparto de dividendos con cargo a las reservas existentes a la fecha de la aportación sujeta al régimen FEAC; tienden a equiparar dichos dividendos con la plusvalía existente en el momento de la operación, cuya tributación queda diferida en una operación de reestructuración sujeta al régimen FEAC.

En relación con la plusvalía, debemos recordar que la normativa del Impuesto sobre Sociedades, en su artículo 21.4 (letras a y b), introducido por el RDL 3/2016, de 2 de diciembre de 2016, establece limitaciones en la aplicación de la exención para evitar la doble imposición en el caso de transmitirse en los dos años siguientes las participaciones recibidas por una operación de reestructuración bajo el régimen FEAC, de forma tal que, en dicha transmisión, quedaría sujeta la plusvalía inicial, generada por la transmisión de las participaciones aportadas en el momento de la operación sujeta al régimen FEAC.

Sin embargo, esta limitación nada dice con respecto a los dividendos repartidos tras una operación de reestructuración llevada a cabo bajo el régimen especial de diferimiento, por lo que, en lo que la ley no limita, no puede la Administración entrar a limitar.

A lo anterior, habría que añadir que, incluso, en el caso de que se deseara equiparar los dividendos a la plusvalía existente en el momento de la operación, la limitación a futuro del reparto de dichos dividendos solo podría tener una limitación temporal de dos años, según LIS art. 21.4.b, y no, sin limitación alguna, como el TEAC pretende en su regularización de la operación, llegando a

13 «No se integrarán en la base imponible las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación en una entidad, respecto de la que se de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 de este artículo. No obstante, el requisito relativo al porcentaje de participación se entenderá cumplido cuando el mismo se haya alcanzado en algún momento durante el año anterior al día en que se produzca la transmisión.
- b) en caso de participación en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, que no se cumpla el requisito establecido en la letra b) del apartado 1 del artículo 21 de esta Ley.

En el supuesto de que los requisitos señalados se cumplan parcialmente, en los términos establecidos en el apartado 3 de este artículo, la aplicación de lo dispuesto en este apartado se realizará de manera parcial.»

la imprescriptibilidad¹⁴ hasta que las reservas, existentes antes de la aportación, se repartan en su integridad.

En consecuencia, si se deseara, en la limitación de la exención por doble imposición, la equiparación entre la transmisión de participaciones recibidas tras una operación de reestructuración especial y el reparto de dividendos tras dicha operación sería necesario una modificación normativa.

Como ejemplo de la modificación normativa necesaria, en el Territorio Foral de Bizkaia, se modificó el artículo 33 y 34 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de Bizkaia, NFIS Bizkaia 11/2013, con efectos desde el 1 de enero de 2024, por la NF Bizkaia 4/2024 del 27 de diciembre de 2024. Esta modificación supuso la incorporación de la letra f en el apartado 3 del artículo 33 (artículo sobre la no integración en base imponible de los dividendos) y la letra c en el apartado 4 del artículo 34 (precepto relativo a la no integración de las rentas obtenidas por la transmisión de participaciones en entidades).

La Norma Foral establece un límite temporal de tres años entre, las aportaciones no dinerarias y la exigibilidad del dividendo o la transmisión de las participaciones que fueron aportadas, a partir del cual cabe la aplicación de la exención para evitar la doble imposición (artículos 33 y 34 de la NFIS), lo que supone que:

- Dentro del plazo de los tres años siguientes a la aportación se prevé la imposibilidad de aplicar la eliminación de los dividendos, salvo que el importe de dichos dividendos sea reinvertido en la actividad económica o se distribuya, a su vez, a los socios-aportantes o éstos hayan transmitido sus participaciones en el plazo de los 3 años (artículo 33.3.f de la NFIS).
- Asimismo, dentro del plazo de los tres años siguientes a la aportación, se prevé la limitación en la eliminación de las plusvalías de modo que se integra la renta diferida al amparo del régimen especial de diferimiento con motivo de la operación de reestructuración, salvo que se produzca la reinversión de los importes obtenidos en la actividad económica o que los socios-aportantes hayan transmitido sus participaciones (según art. 34.4.d de la NFIS).
- El TEAC llega a decir que *«un aspecto clave para apreciar, en este tipo de operaciones en los que se constata un ahorro fiscal en cuanto a la distribución de los dividendos, la concurrencia de «motivos económicos válidos» radicaría en la reinversión de los dividendos, es decir, en la vuelta al circuito empresarial o económico de los dividendos residenciados en sede de la entidad interpuesta. Dicho de otro modo, que no acaben, de una u otra forma, revirtiendo en beneficio directo de la persona física aportante, sirviendo a sus necesidades personales, porque, en ese caso, sería evi-*

14 Recordamos la Denuncia presentada por la AEDAF ante la Comisión Europea, admitida y estimada, por el sistema de sanciones establecido con la obligación de declaración de bienes y derechos establecidos en el extranjero, en la que uno de los puntos tratados era la imprescriptibilidad que acompañaba al sistema sancionador establecido en relación a las ganancias de rentas injustificadas. Imprescriptibilidad que el derecho comunitario solo reconoce para crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

dente que se habría obtenido una «ventaja fiscal «a través de una conducta o actividad fraudulenta lo que la convertiría en «abusiva» en los términos expuestos.»:

- Por un lado, el TEAC muestra su confusión entre la sociedad holding y la persona física-aportante, al decir que, cuando aquella percibe los dividendos distribuidos por la filial, la persona física obtiene una ventaja fiscal. Puesto que ésta no percibe los dividendos, siguen sin estar en su poder, salvo de una forma indirecta, por su participación en la sociedad, al igual que antes de la operación de reestructuración. Si bien antes, a través de sus participaciones en la entidad filial, ahora, a través de sus participaciones en la entidad holding-matriz.
- Por otro lado, el TEAC viene a exigir una reinversión de los dividendos en actividades empresariales, cuando el régimen FEAC ni la DGT ni la jurisprudencia han exigido este requisito para la aplicación del régimen (como sí se exigía en la ya derogada deducción por reinversión). Incluso, puede inferirse que la sociedad holding es una figura abusiva si no se reinvierte en actividades empresariales, lo cual claramente es una extralimitación interpretativa de la normativa aplicable.

A este respecto, comentar dos cuestiones:

- Si la sociedad holding invierte en necesidades privadas o propias del socio, por su condición de socio, la regularización debería llevarse por el procedimiento de operaciones vinculadas, con los ajustes primario y secundario que correspondan y con la posible restitución patrimonial que la ley recoge (LIS art. 18.11 y 12), no procediendo la regularización mediante la inaplicación del régimen FEAC.

A mayor abundamiento, las inversiones que se pudieran llevar a cabo en beneficio del socio no están vinculadas a la existencia o no de una sociedad holding, pues se podrían realizar desde la propia sociedad filial, sin necesidad de una reestructuración del grupo perseguida con la sociedad holding creada.

- La propia normativa y doctrina administrativa reconoce la posibilidad de cierto remansamiento de los beneficios derivados de la actividad de cara a una mejor inversión, considerando bienes afectos a la tesorería, fondos de inversión líquidos, entre otros, tanto a efectos de la calificación de entidad patrimonial (LIS art. 5.2; DGT CV 3440/2015, 11-11-2015; CV 1037/2016, 15-3-16; CV 2328/2023, 10-8-2023) como a efectos de la exención del Impuesto sobre Patrimonio (LIP art. 4.ocho.dos.a; RD 1704/1999 art. 5; DGT CV 21/2021, 14-1-2021; CV 2768/2021, 11-11-2021).

Sobre este aspecto, es importante recordar el punto de inflexión que supuso la sentencia del Tribunal Supremo del 10 de enero de 2022, número 5/2022, rec. 1563/2020 (FD 3º, 4º y 5º), por la que se fijó jurisprudencia en el sentido de que el hecho de que se disponga, en el activo de la sociedad, de capital en otras

empresas, cesión de capitales a terceros o tesorería no impide su consideración como bien afecto, *per se*, a todos los efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, del Impuesto de Solidaridad de las Grandes Fortunas, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y del IRPF (impuestos del caso enjuiciado), siempre que se acredite el requisito de la afección o adscripción a los fines empresariales. En particular, las necesidades de capitalización, solvencia, liquidez o acceso al crédito, entre otros.

Destacamos lo recogido en la sentencia:

«...no puede quedar fuera de la consideración de elemento patrimonial afecto a una actividad económica, a los efectos del artículo 27.1.c LIRPF –como norma de reenvío de segundo grado– todo bien o derecho del que quepa acreditar, mediante cualquier medio de prueba, que cumple en la empresa una función económica, aunque sea con fines de liquidez, solvencia, tesorería, acceso al crédito, etc., para lo que será precisa y oportuna la pertinente actividad probatoria, que se habrá de someter a las reglas reguladoras de ésta. En este caso, hay indicios más que suficientes, debidamente apreciados en la sentencia, de esa afectación...»

«En esa línea, sigue diciendo con acierto el TEAC, no cabe olvidar que en el ámbito de este beneficio fiscal, el legislador quiere, en efecto, excluir aquellos elementos que no estén afectos a dicha actividad, por no considerarlos necesarios para la misma, si bien resulta por otra parte incontrovertible que, del propio concepto de empresa como conjunción de capital y trabajo, se colige que la necesidad de elementos dinerarios con cierta liquidez, como son las participaciones en Fondos FIAMMM, que mantenía en su activo la sociedad, es algo consustancial y necesario para el desarrollo de la actividad empresarial como así lo entendió el obligado tributario en todo momento.

...Lo expuesto le permite afirmar que existían claros indicios de que las inversiones financieras temporales integradas en el activo de la entidad respondían realmente a necesidades derivadas de la vida propia de una compañía mercantil permitiendo unas materializaciones puntuales de ciertos excesos de tesorería que, por sí mismas, no pueden ser consideradas no afectas a la actividad empresarial.»

- En la línea de lo comentado en el apartado anterior, el TEAC considera que habría que atender a las inversiones, exigiendo un tipo específico de inversiones para que pueda considerarse que existe un motivo económico válido, sin embargo, el criterio inversor es muy subjetivo.

El TEAC critica que la sociedad holding haya invertido en fondos de inversión parte de los dividendos percibidos de la filial. A lo que podemos responder que, (i) podría ser la propia sociedad productiva la que realizara tales inversiones no «aptas» a juicio del TEAC y (ii) aun admitiendo la obligatoriedad de reinvertir en determinados activos para aplicar el régimen FEAC, a veces, esto no es posible ni fácil a corto plazo, por lo que la inversión en fondos de inversión, aunque sea de forma transitoria, puede resultar conveniente. Máxime en el presente caso, donde dicha inversión puede deberse al corto periodo de tiempo transcurrido entre la aportación (2017) y el inicio de la inspección (2021), sin olvidar el parón que supuso el COVID.

En cualquier caso, y evidenciando el carácter subjetivo de este argumento, citamos varias contestaciones de la DGT, en las que no se plantea problema alguno por utilizar la sociedad holding como medio para realizar inversiones menos arriesgadas que la propia actividad empresarial, por ejemplo, la contestación de la DGT a la consulta número V1967-19, en la que se reconoce, como motivo económico válido, *«utilizar a dicha empresa Holding como vehículo inversor para la adquisición tanto de bienes inmuebles como muebles así como todo tipo de activos financieros (...) sin necesidad de pasar previamente por la persona física»*, así como, las contestaciones a las consultas V1876-19 y V0256-05, en las que, expresamente, se manifiesta que es un motivo económico válido *«conseguir una separación de riesgos empresariales»*. En el mismo sentido, las consultas V0053-09, V1780-09, V2638-10, V1247-12, V0449-13, V0449-13, V3255-13, V3481-13, V1998-14, V3126-14, V1693-15, V4911-16, V4912-16.

- El TEAC manifiesta que las inversiones realizadas por la sociedad holding con los dividendos percibidos de la sociedad productiva tienen únicamente relevancia a nivel personal de los socios. Pero, como decimos, parte de una idea errónea porque, en la persona física, nada ha cambiado, lo que antes tenía la sociedad productiva ahora lo tiene la sociedad holding; a lo que añadimos, en positivo, que lo que se produce es una separación de riesgos generando seguridad de cara a la realización de negocios, y, dicha seguridad, sin lugar a duda, puede ser percibida como un motivo económico válido. Puesto que, los empresarios que tengan una estructura que les permita separar riesgos desarrollarán su actividad e iniciarán nuevas inversiones en mejores condiciones que aquellos que no puedan separar los riesgos por actividad.

Tanto es así, que la DGT tradicionalmente ha admitido en sus contestaciones planteamientos de los consultantes en los que abiertamente hacían referencia a inversiones más seguras tales como la inversión inmobiliaria o financiera (cuentas de valores) y el citado órgano interpretativo no ha planteado objeción alguna.

Así, la contestación nº V1967-19 reconoce como motivo económico válido *«utilizar a dicha empresa Holding como vehículo inversor para la adquisición tanto de bienes inmuebles como muebles, así como todo tipo de activos financieros (...) sin necesidad de pasar previamente por la persona física»*

Por su parte, la contestación nº V1876-19 de la DGT reconoce también esa posibilidad pues con la estructura holding se consigue separar *«jurídicamente la actividad de arbitraje y mediación de la actividad inmobiliaria y financiera cada una de ellas con sus riesgos y responsabilidades, de forma que se proteja el patrimonio inmobiliario y financiero frente a los riesgos de la actividad de arbitraje y mediación»*.

También, la DGT, en su contestación nº V2475-19, no objeta nada en relación con el motivo económico válido, cuando el consultante le advierte que va a adquirir *«algún inmueble para su explotación en régimen de arrendamiento»*.

Ciertamente, estas inversiones que critica, tanto la Inspección como el TEAC, son, en realidad, la concreción de uno de los motivos económicos naturales de este tipo de operaciones, la separación de riesgos, el cual resulta esen-

cial en la organización empresarial, razón por la cual la DGT lo ha acogido históricamente como una aspiración económica de cualquier empresa, en efecto podemos ver la contestación nº V0256-05 en la que se explica que el *«objetivo de esta operación es centralizar la gestión de las inversiones del consultante, conseguir una separación de riesgos empresariales(...)»* y se concluye que tales motivos se *«pueden considerar como económicamente válidos a los efectos del artículo 96.2 del TRLIS»*, también la contestación nº V0312-14 reconoce como motivo económico válido, *«separar el patrimonio personal y empresarial de la consultante, de manera que el primero no resulte contaminado con los riesgos que lleva implícita cualquier actividad empresarial»* (en idénticos términos la nº V0322-15, V1518-15, V2791-15,...) o también la nº V0919-15 *«separar la tesorería y las inversiones financieras excedentarias del riesgo del negocio»* o la contestación nº V2996-14 que reconoce como motivo económico válido *«Separar las distintas actividades (productivas/inmobiliarias) con el fin de aislar patrimonios y riesgos»* (en el mismo sentido podemos ver las contestaciones número V0053-09, V1780-09, V2638-10, V1247-12, V0449-13, V0449-13, V3255-13, V3481-13, V1998-14, V3126-14, V1693-15, V4911-16, V4912-16)...

- En cuanto a la planificación de cara a la sucesión familiar, el TEAC llega a manifestar que *«no tiene traslación directa en la actividad empresarial del grupo o la mejora de la misma»*. El TEAC parece exigir un impacto directo en la operativa de la actividad empresarial de las sociedades aportadas para que tenga un sentido la operación de reestructuración bajo el régimen FEAC, pero, como ya hemos manifestado y como veremos nuevamente, esto no procede en las operaciones de canje de valores y aportación no dineraria.

La sucesión empresarial es una de las cuestiones que mayores preocupaciones y problemas generan en el tejido empresarial, especialmente, en la empresa familiar, por ello, toda aquella estructura que mejore las condiciones de dicha transición tiene relevancia, de hecho, una muestra de ello es la asunción por parte del legislador de su importancia en las sucesiones y donaciones, reconociendo reducciones importantes en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para la sucesión / transmisión de la empresa familiar (LISD art. 20).

Su ponderación es una cuestión subjetiva, así, para la Inspección y el TEAC, la sucesión familiar o generacional carece de importancia alguna, pero, para aquellos contribuyentes que desarrollan un negocio o empresa, sí resulta relevante la subsistencia del negocio en una sucesión futura, claro ejemplo es la existencia y regulación de los protocolos familiares en los grupos empresariales.

Otra muestra más de la subjetividad en la valoración de este motivo por parte del TEAC es el posicionamiento contrario de la DGT ante el mismo hecho. Así, la DGT y su contestación a la consulta del 12 de septiembre de 2019, en la que se plantea si es un motivo económico válido *«garantizar la política accionarial del grupo, unificando el voto de forma que la entrada de nuevas generaciones no implique una dispersión del voto de los socios, así como, facilitar la entrada, en la propiedad o en la gestión, de familiares o personas de confianza a través de la sociedad holding»* y a la que se responde que, efectivamente, es un motivo económico válido (en el mismo sentido, las consultas número V2021-19, V2098-19 y V2096-19 entre otras).

Extraña la disparidad de criterios entre la doctrina tradicional de la DGT y la del TEAC y la Inspección sobre este punto concreto, pues se trata de una cuestión bastante palmaria y de fácil verificación fáctica, de hecho, existen contestaciones de la DGT en las que únicamente se plantea esta motivación económica y la DGT la considera válida¹⁵, lo cual lo debería convertir en un motivo habilitante, es decir, siempre que concurren dos o más ramas familiares en una sola sociedad productiva y, cada una de ellas, tenga varios herederos, la sociedad holding actúa como un mecanismo aglutinador y afianzador de la unidad de la estirpe en la gestión de la sociedad productiva, mucho más segura que cualquiera de las alternativas que pudiesen plantearse (sindicación del voto, pactos de socios...)

Esta idea de facilitar una sucesión ordenada de las empresas afectadas tras una operación de reestructuración ya ha sido apoyada por la propia Audiencia Nacional, en su sentencia del 2 de junio de 2016, rec. 289/2013.

Asimismo, la Comisión Europea emitió una recomendación, de fecha 7 de diciembre de 1994¹⁶, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, por la que *«Se invita a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para facilitar la transmisión de las pequeñas y medianas empresas con el fin de garantizar la supervivencia de las empresas y el mantenimiento de los puestos de trabajo correspondientes.*

En particular se invita a los Estados miembros a adoptar las medidas más adecuadas a fin de completar su marco jurídico, fiscal y administrativo, con objeto de:

- *sensibilizar al empresario con respecto a los problemas de la transmisión y de esa forma animarle a preparar esta operación en vida;*
- *crear un entorno financiero favorable al éxito de la transmisión;*
- *permitir al empresario la preparación eficaz de la transmisión, ofreciéndole los instrumentos adecuados;*
- *garantizar la continuidad de las sociedades de personas y las empresas individuales en caso de fallecimiento de uno de los socios o del empresario;*
- *garantizar el éxito de la transmisión familiar, evitando que los impuestos que gravan la sucesión y la donación pongan en peligro la supervivencia de la empresa;*

15 Por ejemplo, la contestación V0148-12 *«En el escrito de consulta se indica que la operación planteada tiene como objeto garantizar una correcta sucesión, el relevo generacional en la actividad y evitar conflictos entre los hijos que, en su caso, podrían paralizar la vida societaria y provocar graves perjuicios económicos. A su vez, se facilitaría la sucesión a los nietos. Estos motivos se pueden considerar como económicamente válidos a los efectos del artículo 96.2 del TRLIS.»* o la nº V0167-15 *«En el escrito de consulta se indica que esta operación se realiza con el propósito de facilitar el relevo generacional y las relaciones futuras entre los hijos del matrimonio consultante. Estos motivos se consideran económicamente válidos a los efectos de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS.»*

16 Publicado en el DOCE número 385, de 31 de diciembre de 1994.

- *alentar con medidas fiscales al empresario a transmitir su empresa mediante venta o a través de su compra por los asalariados, principalmente cuando no haya sucesor en la familia»*

En definitiva, las apreciaciones tanto de la Inspección (AEAT) como del TEAC destilan un elevado componente de subjetividad, subjetividad que impide afirmar la inexistencia total de motivos económicos válidos, quizá sí, y siempre a su juicio, su escasa relevancia y, aún en esas circunstancias, salvo que exista un fraude fiscal o un abuso en las formas, vemos la regularización planteada no ajustada a Derecho.

Sin embargo, debe destacarse que ambos actos administrativos arrastran cierto desconocimiento de la justificación de las motivaciones económicas que, concretamente, pueden exigirse a cada una de las operaciones reguladas en el régimen FEAC y, como consecuencia de ello, un defecto en las exigencias para la justificación de los motivos económicos.

En efecto, los arts. 76 y 87 de la LIS contienen un listado de operaciones de naturaleza muy diversa a las que les resulta de aplicación el régimen general FEAC. Por su parte, el art. 89.2 de la LIS, al regular la cláusula antifraude, establece una descripción genérica de lo que se entiende por motivos económicos válidos, dice el precepto que *«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»*.

Sin embargo, dicha frase no puede, como hace la Inspección y, en este caso concreto, el TEAC, aplicarse de forma general como una lista cerrada para toda la tipología de operaciones contempladas en el art. 76 y el art. 87 de la LIS, pues la naturaleza de cada una de estas operaciones es muy dispar. Así lo tiene dicho el TS en sentencia de 23 de noviembre de 2016 (rec. 3742/2015) *«integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, «tales como», aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado»*.

En efecto, a una operación de fusión, sí se le puede exigir que como resultado de ésta se produzca una *«reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación»*, pues las actividades de las sociedades que intervienen en la operación se ven directamente afectadas por la misma, concretamente, se integran.

Lo mismo ocurre con las escisiones, en las que la actividad de una sociedad se divide y transmite a otra de forma tal que, dicha actividad se desarrolla a partir de la operación en otras condiciones distintas a las que se venía desarrollando en la sociedad origen.

Sin embargo, en otras operaciones como el canje de valores o la aportación no dineraria, lo aportado (sean participaciones o un activo concreto) no se ve afectado por la propia operación de reestructuración.

En el caso del canje de valores (art. 76.5 de la LIS) y de la aportación no dineraria de acciones o participaciones (art. 87 de la LIS), esta circunstancia es paradigmática, pues, en un supuesto como el revisado por la Inspección y avalado por el TEAC, en el que se aporta la participación en una sociedad productiva, la operación de aportación no tiene impacto alguno en la actividad de la sociedad productiva.

En este sentido, las operaciones contenidas en el art. 76 y el 87 de la LIS pueden clasificarse en dos tipos,

(i) operaciones de reestructuración organizativa, que son aquellas que tienen un impacto directo en la actividad de las sociedades operativas, entre ellas se incluyen;

- a. las fusiones
- b. Las escisiones
- c. Las aportaciones de rama de actividad
- d. Las aportaciones de activos.

(ii) operaciones de reestructuración financiera, las que tienen por objeto mejorar el control y la organización de la propia estructura empresarial, por lo tanto, no tienen un impacto directo en la actividad real de las sociedades intervinientes. En este apartado se incluirían;

- a. Los canjes de valores
- b. Las aportaciones no dinerarias de participaciones o acciones
- c. Las escisiones financieras.

En el primer grupo, la operación tiene un impacto directo e inmediato en la actividad de las sociedades intervinientes, pues su actividad se ve modificada como consecuencia de la propia ejecución de la operación, mientras que las segundas no impactan directamente en la actividad de las sociedades aportadas que, como hemos dicho, no se ven afectadas.

En las llamadas operaciones de reestructuración financiera, su motivación se concentra en la mejor disposición del empresario o del grupo en cuestión para el desarrollo de la actividad empresarial.

La DGT, tradicionalmente, ha acogido los motivos económicos válidos planteados por el contribuyente, pues la mera creación de una sociedad holding da acceso a una mejor posición para desarrollar negocios, lo que no debe confundirse con que tales motivos sean genéricos.

En efecto, la sociedad holding permite al empresario separar riesgos, dar acceso a nuevos socios en las sociedades participadas, diversificar actividades, reinvertir, aunar socios, apalancar deuda, proyectar una mejor imagen al mercado... son motivos que se alcanzan con la mera consecución de la estructura.

El empresario o el grupo empresarial está en mejor disposición con dicha estructura que sin ella.

En resumen, la Inspección (AEAT) y el TEAC tienen una apreciación errónea, por demasiado genérica, de lo que debe entenderse por motivos económicos válidos, en el sentido de que consideran que la motivación que debe regir la operación, bajo el régimen FEAC, sea la mejora de la propia actividad que, hasta ese momento, venía desarrollando la sociedad aportada. Esta afirmación carece de todo sustento; puesto que, como hemos descrito, el régimen FEAC regula diversas operaciones, que pueden agruparse en dos tipos diferenciados, (i) las de naturaleza operativa (de integración y desintegración) como son las fusiones, escisiones, aportaciones de rama de actividad... y (ii) otras, de naturaleza financiera, como el canje de valores, la aportación no dineraria o la escisión financiera.

Pues bien, a las primeras, sí puede exigírseles un impacto específico en la actividad de las sociedades intervinientes, pero, en ningún caso, cabe esta exigencia en las segundas, sencillamente, porque la actividad no se ve afectada del mismo modo en un supuesto de cambio de socio.

Tanto la Inspección como el TEAC se confunden al exigir efectos concretos y propios de las reestructuraciones operativas en las reestructuraciones financieras, como la reinversión «empresarial» o los cambios en la actividad o funcionamiento de las sociedades productivas..., exigencia que carece de sentido, debido a que los motivos económicos que impulsan las operaciones de reestructuración financiera se deducen de la propia estructura alcanzada y tienen su proyección en el control y gestión de la propia inversión empresarial.

En efecto, la exigencia a la que se refiere la Inspección y el TEAC para que se acredite la existencia de motivos económicos válidos —determinados cambios concretos y reinversión empresarial— implica la exigencia de requisitos adicionales, no acorde con una interpretación restrictiva de los motivos económicos válidos que ni los arts. 76 y ss. de la LIS ni la Directiva 2009/133 establecen, lo que resulta contrario a la doctrina del TJUE que ha concluido que «la *Directiva no deja a los Estados miembros ningún margen de maniobra en su transposición que les permita supeditar la aplicabilidad del régimen de neutralidad fiscal que establece a requisitos adicionales a los previstos en el capítulo II de dicha Directiva*» (Sentencia del TJUE, asunto C-318/22).

5. Análisis de la crítica del TEAC a la contestación de la DGT n^o V2214-23

La DGT, en su contestación número V2214-23, de 27 de julio de 2023, se pronunció sobre cómo debía interpretarse el art. 89.2 de la LIS, en los supuestos en los que la Administración tributaria regularizase una operación de aportación no dineraria.

En efecto, en aquella consulta el consultante plantea al citado centro directivo directamente esta cuestión, «*En segundo lugar, y aplicando dichas cuestiones al caso concreto, se consulta si en caso de que la aportación fuese objeto de*

comprobación por la Administración tributaria y a resultas de dicha comprobación se determinase la inaplicación del régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, la Administración tributaria debería liquidar a la consultante solamente el importe de los dividendos distribuidos por A (los beneficios no distribuidos acumulados antes de la aportación) o si, por el contrario, también se deberían hacer tributar las plusvalías tácitas de las participaciones de A aportadas.»

Debe destacarse que en esta consulta se planteó una cuestión novedosa o poco habitual, y que va más allá de lo que tradicionalmente suele consultarse a este centro directivo en relación con el régimen general FEAC, que suele consistir en explicar mercantilmente la operación, plantear un esbozo de la motivación económica, consultar si el régimen resulta de aplicación y, en su caso, confirmar el régimen fiscal aplicable a la nueva estructura alcanzada.

En esta contestación, la DGT, se pronuncia sobre cómo debe interpretarse el art. 89.2 de la LIS, que, recordemos, modificaba el antiguo art. 96.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) y señala, con total claridad, que el diferimiento no puede ser objeto de regularización en el supuesto de comprobación de este tipo de operaciones:

«(...) Así, en el curso de unas actuaciones de comprobación e investigación tributaria, sólo podrá regularizarse la ventaja fiscal perseguida cuando haya quedado acreditado que la operación realizada tuviera como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, tal y como dispone el primer inciso del artículo 89.2 LIS, debiendo eliminarse, en consecuencia, los efectos de la referida ventaja fiscal perseguida mediante la realización de la operación de reestructuración de que se trate, distinta del diferimiento en la tributación de las rentas generadas, inherente al propio régimen, cuando la operación se hubiere realizado con la mera finalidad de conseguir tal ventaja fiscal.

De conformidad con todo lo anterior, en el supuesto de que la Administración tributaria, en el curso de la realización de las correspondientes actuaciones de comprobación e investigación, tras el examen individual de la operación de reestructuración que nos ocupa, apreciase, en su caso, la persecución de una ventaja fiscal procederá a eliminar esta última, todo ello sin perjuicio del régimen sancionador que pudiera corresponder.

La identificación de la ventaja fiscal perseguida es una cuestión de hecho, competencia de los órganos de comprobación de la AEAT, que requerirá, caso por caso, de un examen global de la operación de reestructuración de que se trate. (...)»

La DGT se pronuncia sobre la otra gran cuestión que está generando conflicto en la aplicación del régimen FEAC. En efecto, si la primera cuestión que hemos tratado en los apartados anteriores se refiere a cuándo puede regularizarse, la segunda cuestión se centra en qué puede regularizarse. Es decir, una vez verificada la existencia de abuso o de una ventaja fiscal abusiva, se plantea qué es lo que puede regularizar la Administración, y, concretamente, si el diferimiento insito en el propio régimen FEAC puede ser objeto de regularización.

Como puede apreciarse de la consulta V2214-23, la posición interpretativa de la DGT es clara:

- El diferimiento no puede ser objeto de regularización, pues es inherente al propio régimen; por lo tanto, la cláusula antiabuso contenida en el art. 89.2 de la LIS queda limitada a las ventajas fiscales derivadas de la estructura generada por la operación, no afectando a las ventajas fiscales propias de la operación en sí. Entendemos que no tiene sentido que el diferimiento sea el beneficio fiscal pretendido, pues bastaría con no realizar la operación de canje de valores o aportación no dineraria para evitar dicho coste fiscal.
- Se requiere un examen individualizado de cada caso, sin poder tomar criterios generalizados en el análisis e investigación de cada operación de reestructuración.
- El análisis, detección y determinación de la ventaja fiscal es una cuestión de hecho a valorar en cada operación, sin prejuzgar, sin preconcebir una evasión fiscal ante determinadas operaciones, eliminando la subjetividad en la valoración negativa de una operación de reestructuración cuando la subjetividad en positivo de la operación de los intervinientes no es respetada en la misma medida, máxime cuando se trata de una operación lícita.

Como decimos, esta interpretación tiene una gran relevancia, pues se pronuncia sobre cómo debe interpretarse el art. 89.2 de la LIS (i) conforme a su nueva redacción y (ii) teniendo en cuenta la gran novedad introducida en el régimen FEAC por la Ley 27/2014, es decir, su configuración como un régimen general del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuando se ejecute alguna de las operaciones citadas en el art. 76 y 87 de la LIS.

En relación con la nueva redacción del art. 89.2 de la LIS, resulta interesante comparar la redacción del citado precepto en contraposición a la redacción del antiguo art. 96.2 del TRLIS, donde se aprecia la existencia de una modificación sustancial en el régimen de regularización administrativa de la aplicación del régimen FEAC:

Art. 89.2 de la LIS	Art. 96.2 del TRLIS
2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.	2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

Art. 89.2 de la LIS	Art. 96.2 del TRLIS
Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.	En los términos previstos en los artículos 88 y 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente capítulo en éste y cualesquiera otros tributos.

Como puede apreciarse, el segundo párrafo del art. 89 de la LIS, contiene un nuevo mandato para la Administración tributaria, señalando que las regularizaciones que se realicen sobre operaciones en las que se haya aplicado el régimen FEAC deberán circunscribirse exclusivamente a eliminar la ventaja fiscal pretendida. Subrayamos la palabra exclusivamente, por la relevancia que tiene dicha palabra en este nuevo párrafo, pues conforme al Diccionario de la lengua española, exclusivamente significa, de manera exclusiva, es decir, únicamente, solamente, excluyendo cualquier otro. En este sentido, la redacción actual en relación con la anterior evidencia una clara intención del legislador de limitar el alcance de las regularizaciones administrativas a eliminar únicamente la ventaja fiscal pretendida con la operación.

En efecto, dado que lo que se interpreta es el apartado 2 del art. 89 de la LIS, queda claro que éste hace referencia a la ventaja pretendida con la operación, pues es ésta a la que se refiere el primer párrafo, es decir, la ventaja fiscal que se pretende conseguir con la operación ejecutada.

En relación con la segunda de las cuestiones, la nueva configuración del régimen FEAC como un régimen de diferimiento general aplicable a todas las operaciones descritas en el art. 76 y 87 de la LIS, tiene una gran relevancia a la hora de interpretar el mencionado art. 89.2 de la LIS, pues con ello, el legislador ha querido reconocer un régimen general de diferimiento aplicable a las operaciones de reestructuración, por lo que, se abandona el sistema anterior en el que el régimen FEAC era un régimen especial y opcional cuya inaplicación remitía directamente a la aplicación del régimen general (en nuestro supuesto al art. 37.1.d de la LIRPF).

Con la entrada en vigor de la Ley 27/2014 del IS, se instaura un régimen general para las operaciones de reestructuración que, esencialmente, se basa en el diferimiento de las plusvalías que habitualmente se generan con estas operaciones, hasta que aquellas se materializan finalmente y en el que el Estado se reserva el derecho de regularizar los abusos que puedan generarse mediante la aplicación de este régimen, pero simplemente eliminando tales abusos, no haciendo tributar el diferimiento, lo cual no deja de ser un régimen que persigue generar un marco de seguridad para facilitar la realización de estas operaciones, de forma tal que, las empresas puedan adaptarse y competir en mejores condiciones.

Por ello, la contestación de la DGT interpreta esta cuestión eliminando el diferimiento como un concepto objeto de regularización en el supuesto de inaplicación total o parcial del régimen FEAC. Para ello, la DGT fundamenta su opinión en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en el asunto Europark (asunto C-14/16), de 8 de marzo de 2017.

En particular, cita los párrafos 54 y 55 que señalan lo siguiente: *«(...) de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, al transponer el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros no pueden recurrir a una presunción general de fraude o evasión fiscales», por lo que «(...) para comprobar si la operación de que se trata persigue un objetivo de fraude o evasión fiscales, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de dicha operación, dado que el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente el fraude o evasión fiscales iría en detrimento del objetivo perseguido por la referida Directiva».*

La DGT en su contestación también cita la Sentencia del Tribunal Supremo número 1503/2022, de 16 de noviembre de 2022, y concretamente su Fundamento Jurídico Quinto, en el que *«ha señalado que la obtención de una ventaja fiscal está ínsita en el propio régimen de diferimiento, puesto que se caracteriza por su neutralidad fiscal, siendo la ventaja fiscal prohibida, distinta del propio diferimiento fiscal, la que se convierte en el objetivo y finalidad de la operación, más allá de otros motivos económicos»* y su Sentencia número 463/2021, de 31 de marzo de 2021, respecto de la que destaca que *«...lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más, y simple y llanamente para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista, que no concurren motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, «tales como», aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecten con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.»*

A lo manifestado por la DGT en su contestación a la consulta número V2214-23, el TEAC, casi nueve meses después, rechaza el criterio manifestado por el citado centro directivo y concluye en sentido contrario, es decir, considerando que no se puede establecer un criterio general sobre la consideración de que el mero diferimiento, por sí mismo, no puede formar parte de la «ventaja fiscal a eliminar» por aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS; sino que considera que, tras el análisis individualizado de la operación de reestructuración por el que resulta la consideración de un fin elusivo con la determinación de la «ventaja fiscal a eliminar», no se puede descartar que la inaplicación parcial o total del régimen FEAC y, con ella, la eliminación del

abuso buscado, conlleve la eliminación de los efectos de la ventaja fiscal, incluyendo el propio diferimiento, si éste es parte de la misma y, así, el TEAC considera que se desprende de la contestación de la DGT a la consulta referenciada.

El TEAC, para apoyar su visión sobre el criterio manifestado por la DGT, expone una serie de argumentos que seguidamente comentamos:

- (i) En primer lugar, declara que se trata de una interpretación «*contra legem*» porque, sobre la base de la dicción literal del precepto de la cláusula antiabuso, el régimen FEAC puede no aplicarse total o parcialmente, permitiendo la eliminación total de los efectos vinculados a su aplicación.

En relación con esta cuestión y como ya hemos comentado en el apartado anterior, esta afirmación muestra que no se ha tenido en cuenta el cambio en la normativa del Régimen FEAC, convirtiéndolo en el Régimen general con la nueva LIS 27/2014, con respecto al TRLIS, RDLeg 4/2004. En este sentido, la exposición de motivos de la actual LIS explica que, «*En primer lugar, este régimen se configura expresamente como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración, desapareciendo, por tanto, la opción para su aplicación, y estableciéndose una obligación genérica de comunicación a la Administración tributaria de la realización de operaciones que aplican el mismo.*»

Por tanto, no hay que olvidar que el Régimen FEAC es el régimen general, lo que conlleva, por equivalencia, en la tributación personal del aportante, que el régimen general de tributación por ganancia patrimonial ante operaciones de aportación no dineraria o canje de valores sea el previsto en el artículo 37.3 de la Ley 35/2006 del IRPF (LIRPF). En cambio, el régimen previsto en el art. 37.1 d) LIRPF pasa a ser un régimen optativo, es decir, de aplicación si el contribuyente así lo indica. Si esta interpretación es correcta, de la misma se deducen dos conclusiones claras:

- a) Si resulta acreditado la existencia de un propósito principal de defraudación en la realización de una operación en la que resulte de aplicación el régimen FEAC, esta operación debe regularizarse aplicando las propias normas contenidas en el régimen, esto es, el art. 89.2 de la LIS, eliminando «exclusivamente» los efectos de la ventaja fiscal pretendida.
- b) Consecuencia de lo anterior, es que, la inaplicación del régimen FEAC no puede dar lugar, como consecuencia directa, a la aplicación del art. 37.1 d) de la LIRPF (como veremos en el próximo apartado sobre la regularización de la operación).

Por último, ya hemos visto como, con la entrada en vigor de la Ley 27/2014, del IS, el art.89.2 incorpora un nuevo párrafo que limita las posibilidades de regularización de la Administración en el ejercicio de sus funciones de comprobación de estas operaciones, circunscribiéndolas, exclusivamente, a la regularización de la ventaja fiscal perseguida, esto implica que quedaría excluida la posibilidad de eliminar el diferimiento que, al ser ínsito o connatural al propio régimen FEAC, no puede considerarse como una ventaja fiscal pretendida.

Por ello, no compartimos que la interpretación dada por la DGT en su contestación vinculante nº V2214-23 sea contra legem, más al contrario, entendemos la postura del citado centro directivo más acorde con una interpretación teleológica y literal del art. 89.2 de la LIS, que la mantenida por el TEAC, que parece más propia de la anterior redacción de la cláusula antiabuso contenida en el art. 96.2 del TRLIS.

(ii) La segunda de las cuestiones que comenta el TEAC en su resolución es correlativa a la anterior, el citado tribunal manifiesta que la interpretación maximalista¹⁷ de la contestación de la DGT es contraria a la Directiva FEAC, pues la misma recoge que «*Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas*» cuando no exista una motivación económica y sí un ánimo defraudatorio.

El TEAC admite que no debe eliminarse, de forma generalizada, el efecto del diferimiento de la tributación de las rentas puestas de manifiesto con ocasión de una operación para la que se determina la improcedencia de acogerse al Régimen FEAC, esto es, que no se eliminará dicho diferimiento si ello no es preciso para corregir el abuso buscado, pero, el TEAC considera que, tampoco, puede afirmarse que tal efecto goce de inmunidad siempre y en todo caso.

En nuestra opinión, retirar el beneficio de las operaciones acogidas al Régimen FEAC, no habilitaría a gravar el diferimiento, sino que puede, tal y como ha recogido el legislador español, circunscribirse a la eliminación de la ventaja fiscal pretendida. De hecho, el diferimiento siempre será una ventaja para las partes intervinientes, pero, una ventaja inherente al propio régimen, por lo que siempre estará presente en la comparativa: motivación económica *versus* ahorro fiscal, inclinando la balanza hacia un ahorro fiscal, que no tiene por qué suponer un ánimo fraudulento o de evasión fiscal.

A mayor abundamiento, se recuerda que el diferimiento no supone una exención fiscal, sino que la tributación se difiere en el tiempo, sin que ello suponga un fraude fiscal, como así se recoge en otras operaciones (donación de negocios o participaciones en empresas familiares exentas en el Impuesto sobre Patrimonio, quedando diferida la tributación en el IRPF por la plusvalía generada y pasando a ser el nuevo sujeto pasivo de la misma el donatario, LIRPF art. 33.3.c).

17 Este TEAC no comparte esta interpretación maximalista del artículo 89.2 LIS, puesto que supondría que la cláusula antiabuso específica para el Régimen FEAC no podría nunca, en ningún caso, eliminar todos los efectos fiscales derivados de la aplicación de dicho Régimen, aunque se haya podido concluir que la operación buscaba únicamente un fraude fiscal. Es claro que la nueva versión de la cláusula antiabuso, recogida en el artículo 89.2 LIS, introdujo, como novedad con respecto a la anteriormente vigente (la del artículo 96.2 TRLIS), la posibilidad de determinar una inaplicación parcial del Régimen FEAC, pero, en modo alguno cabe concluir que no permita una eliminación total de los efectos vinculados a su aplicación si las circunstancias del caso así lo ameritan, llegando, también al referido diferimiento de la tributación de las rentas producido al realizarse la operación, siempre que ello sea necesario para eliminar las consecuencias del abuso que se haya acreditado.

Por último, nótese que la Directiva FEAC habla de negarse a aplicar total o parcialmente el régimen o a retirar total o parcialmente «el beneficio»¹⁸ que parece ser la opción adoptada por parte del legislador español¹⁹. Por lo tanto, tampoco, observamos que el posicionamiento de la DGT suponga un incumplimiento de la Directiva.

En efecto, la actual Directiva FEAC no ha configurado el artículo 15 (ni tampoco la anterior Directiva en su artículo 11) como un artículo con vocación armonizadora, es decir, un artículo que deba ser traspuesto al derecho nacional de los estados de forma homogénea, sino que, al contrario, deja libertad a cada Estado para que establezcan los mecanismos de control de las posibles situaciones de abuso, fraude o evasión fiscal.

La naturaleza de la Directiva FEAC en este punto no impone una obligación concreta de trasposición a los Estados de la Unión Europea, sino que deja a su criterio el establecimiento de los mecanismos que consideren adecuados para salvaguardar sus intereses financieros, siempre claro está atendiendo a los principios aplicables, proporcionalidad, libertad de establecimiento y libre circulación de personas y capitales...

El planteamiento de la Directiva FEAC tiene pleno sentido, pues la cláusula antiabuso tiene por finalidad proteger la soberanía fiscal de los distintos estados y, por ello, deben ser estos los que determinen los mecanismos que consideren adecuados para la consecución de tal fin.

Esta cuestión fue abordada en la sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2017 asunto Europark (asunto C-14/16), donde en sus apartados 20 y ss. dice que:

«19 Según reiterada jurisprudencia, toda medida nacional adoptada en un ámbito que haya sido armonizado con carácter exhaustivo en el Derecho de la Unión debe apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización y no de las del Derecho primario (sentencia de 12 de noviembre de 2015, Visnapuu, C-198/14, EU:C:2015:751, apartado 40 y jurisprudencia citada).

20 Por consiguiente, es preciso determinar si el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 lleva a cabo tal armonización.

18 Directiva FEAC art. 15 «Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los arts. 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el art. 1:

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal...»

19 LIS art. 89.2 «2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

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

21 En el presente asunto, basta con hacer constar que del tenor de dicha disposición se desprende claramente que no es así.

(...)

25 En estas circunstancias, procede señalar que la referida disposición no tiene por objeto, por lo que respecta a las medidas relativas a la lucha contra el fraude y la evasión fiscales, llevar a cabo una armonización exhaustiva en Derecho de la Unión.

26 Por consiguiente, debe responderse a la primera cuestión prejudicial planteada que, en la medida en que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 no lleva a cabo una armonización exhaustiva, el Derecho de la Unión permite examinar la compatibilidad de una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal a la luz del Derecho primario, cuando dicha normativa ha sido adoptada para transponer en Derecho interno la facultad que brinda la referida disposición.»

Esta doctrina tampoco ha pasado desapercibida para el Tribunal Supremo que, en su sentencia 1503/2022 de 26 de noviembre, también reconoce que la naturaleza del precepto de la Directiva FEAC que estamos comentado no es armonizadora:

«La sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2017, Asunto C-14/16, Caso Euro Park Service contra Ministre des Finances et des Comptes publics, señaló que el artº 11.1 no establece una norma antiabuso armonizada, sino que habilita a los Estados miembros, respetando el principio de proporcionalidad, a establecer las normas precisas para evitar el fraude o la evasión fiscal en relación con las operaciones cubiertas por la Directiva 90/434. Interesa detenernos a la referencia contenida respecto de la prueba y su carga, al considerar que corresponde a la Administración tributaria aportar la prueba, cuando menos indiciaria, de fraude o evasión fiscal, para lo cual puede apoyarse en la inexistencia de motivos económicos válidos, que también deberá probar, sin que, por lo tanto, corresponda al contribuyente probar la existencia de dichos motivos económicos válidos, a los efectos de disfrutar del régimen de diferimiento.»

En definitiva, consideramos que si el art. 15 de la Directiva FEAC, no tiene una vocación armonizadora, la apreciación manifestada por el TEAC en relación a que la interpretación efectuada por la DGT del art. 89.2 de la LIS es contraria a la mencionada directiva no se sostiene, pues, ello solo tendría sentido si el precepto fuese contrario al Derecho primario de la Unión es decir, si el criterio utilizado por el legislador patrio no respetase las exigencias de proporcionalidad y demás principios de derecho comunitario.

Con la reforma del régimen FEAC operada por la Ley 27/2014, se recoge un mecanismo antiabuso que únicamente permite a la Administración tributaria eliminar la ventaja fiscal pretendida, nada más, y ello, en principio, es plenamente compatible con las posibilidades que abre el art. 15 de la Directiva FEAC a los Estados de la Unión Europea.

En consecuencia, si como hemos visto, la interpretación que hizo la DGT en su contestación de 27 de julio de 2023 está sustentada en criterios teleológicos

y de literalidad, resulta difícilmente admisible admitir que la misma es contraria a la mencionada Directiva.

(iii) La siguiente argumentación del TEAC se basa en considerar que el posicionamiento de la DGT supone una interpretación asistemática, ajena al Derecho común, al establecer una exención sin verificar el cumplimiento de las normas antiabuso.

Para su argumentación, el TEAC trae a colación la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 (ATAD), por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Esta Directiva, como el propio TEAC cita, tiene entre sus objetivos *«luchar contra la planificación fiscal abusiva en el mercado interior»*.

Consideramos que esta apreciación, carece de fundamento, pues ambas directivas persiguen fines distintos y no existe entre las mismas una relación que permita concluir que la interpretación de una Directiva pueda resultar contraria a lo dispuesto en la otra.

En efecto, la Directiva ATAD 1 persigue la implantación de una serie de medidas por parte de los estados miembros para evitar determinadas prácticas abusivas, pero estas prácticas concretas pueden darse en estructuras societarias en las que no se haya aplicado el régimen FEAC, es decir no se trata de dos directivas que persigan el mismo fin y que, por lo tanto, deban interpretarse de forma conjunta o coordinada.

Muy al contrario, ambas Directivas buscan o persiguen fines distintos, por ello, carece de sentido el apunte realizado por el TEAC pues, el régimen FEAC tiene por objeto establecer un marco de seguridad para que las empresas puedan adaptarse a las necesidades de competencia en el mercado y no debe interpretarse bajo la luz de una norma que persigue luchar contra la planificación fiscal abusiva.

En nuestra opinión, la contestación de la DGT es plenamente respetuosa con esta cuestión, precisamente porque, el régimen FEAC cuenta con una cláusula específica para evitar el abuso en su aplicación: el art. 89.2 de la LIS, que ha permitido evidenciar los supuestos en los que se da esta circunstancia, por ejemplo, en los supuestos en los que la razón principal es el aprovechamiento de BIN's, operaciones concatenadas para evitar tributaciones futuras (escisión y venta consecutiva)... y no hay que olvidar que, el régimen FEAC cuenta con unas reglas de información pública y de comunicación a la AEAT (información específica recogida en la memoria de las cuentas anuales, comunicación a la Administración tributaria en los 3 meses siguientes a la operación) y con sus propias reglas de control establecidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades.

Independientemente de lo anterior, es cierto que el sistema tributario cuenta con medidas antiabuso, como las introducidas por la Directiva ATAD, citada por el TEAC, y que ya cuentan con su transposición en el Derecho español, a través de la inclusión de diversas reglas como la limitación a la deducibilidad de gastos financieros, la tributación por el «exit tax», la regulación de la transparencia

fiscal internacional y de los instrumentos híbridos, las cuales son aplicables independientemente de lo previsto en la cláusula anti abuso recogida en el art. 89.2 de la LIS.

(iv) El TEAC, continuando con su argumentación contra la interpretación asistemática, manifiesta que las normas antiabuso de carácter general recogidas en la Ley General Tributaria (LGT) en particular con el artículo 15 (conflicto en la aplicación de la norma) deben ser respetadas y, por ello, es posible su aplicación por la Administración.

Desde nuestro punto de vista, esta consideración únicamente sería procedente cuando el fraude o abuso fiscal supere los conceptos impositivos respecto de los que se proyecta el régimen FEAC, pues este régimen contiene su propio sistema de regularización que resulta de aplicación obligatoria a la Administración.

En esta línea, el TS, en su sentencia número 463/2021, del 31 de marzo de 2021, rec. 5886/2019 declara doctrina, por la cual *«La apreciación de la ausencia de un motivo económico válido en el negocio jurídico celebrado, excluyente de la aplicación del régimen especial relativo a las fusiones, escisiones, etc., regulado en el Capítulo VIII del Título VII del Texto refundido, –aplicable por razones temporales al caso–, debidamente motivada y sometida al control judicial, hace innecesaria la tramitación del expediente de conflicto en la aplicación de la norma, ya que se trata de una cláusula antiabuso particular que opera como lex specialis, directamente derivado del Derecho de la Unión Europea.»* (F.D. 3º y 5º).

(v) Precisamente, frente a lo que entendemos que indica el TEAC, el régimen FEAC trata de crear un marco de seguridad para que los empresarios puedan organizarse y reestructurarse sin que la fiscalidad suponga un impedimento y, todo ello, sin que los Estados miembros pierdan su capacidad recaudatoria en el caso de que haya una finalidad fraudulenta. Para ello, se establece este Régimen de carácter general y, a su vez, los mecanismos específicos de regularización del mismo. En esta línea, observamos que los requisitos que exige la aplicación del régimen FEAC (encaje, instrumentación con intervención notarial y acceso al Registro Mercantil, comunicación específica a la AEAT, mención en las memorias de todos los ejercicios, declaración específica en el modelo 200, modelo 100...) lo configuran como un régimen aplicable a determinadas operaciones sujetas a unos estrictos sistemas de control y transparencia.

A mayor abundamiento, el TS, en la referida sentencia del 31 de marzo de 2021, declara que *«No cabe olvidar que la finalidad del régimen especial de la Directiva es la de no castigar, esto es, la de ser neutral, a fin de facilitar las operaciones de reestructuración empresarial, en tanto generadoras de plusvalías o ganancias que serían susceptibles de ser gravadas, que quedan así no gravadas en virtud del diferimiento. Pero, se exige, para ello, que tales actos no se busquen para obtener ventajas fiscales, única o preponderantemente, sino que tengan una finalidad y una sustancia económica.»*

(vi) El TEAC añade que *«ninguna sentencia del TJUE recoge una interpretación de la cláusula antiabuso, a la que nos estamos refiriendo, amparando la*

creación de ámbitos de impunidad para las reestructuraciones que puedan calificarse de artificiosas». Por lo que considera que, si la Administración prueba y considera que el diferimiento de la operación de reestructuración objeto de comprobación forma parte de la finalidad fraudulenta, no puede negarse su eliminación por la regularización de la operación.

Consideramos que si, como hemos visto, la Directiva FEAC, al regular la cláusula antiabuso no exige una trasposición homogénea ni armonizada a los estados miembros, la aplicación de la cláusula antiabuso es una cuestión interna de los propios estados salvo que en la implantación de la mencionada cláusula no se hayan respetado los principios comunitarios de proporcionalidad, libertad de establecimiento... En efecto, esta forma de entender la normativa que comentamos es precisamente la que da cumplimiento a la finalidad del régimen FEAC, pues permite, facilita y promueve la adaptación de las estructuras empresariales europeas a mejores condiciones de mercado para intervenir y competir en el mismo, con el menor impacto fiscal posible o dejando la fiscalidad en «stand by». Dado que, liquidar ganancias patrimoniales, ante manifestaciones de capacidad económica tan indirectas, no parece ser consecuente con el marco de seguridad y promoción del crecimiento económico que persigue la Directiva FEAC.

Por tanto, al hilo argumental del TEAC sobre la ausencia de sentencias del TJUE sobre la interpretación de la cláusula antiabuso del régimen FEAC, consideramos procedente recordar la jurisprudencia comunitaria comentada sobre el «abuso de derecho», STJUE asunto C-115/16, N Luxembourg, por la que, para la determinación de una práctica abusiva²⁰, se requiere un elemento objetivo y un elemento subjetivo, así como, recordar que el propio TEAC, en su resolución, reconoce que la operación de aportación de participaciones efectuada fue una operación lícita.

(vii) Por último, el TEAC critica la interpretación de la DGT sobre la sentencia STS número 1503/2022, de 16 de noviembre de 2022 (recurso n.º: 89/2018), relativa a la no regularización del propio diferimiento de la operación de reestructuración. En razón de que el TEAC considera que, de la mencionada sentencia, no puede extraerse la conclusión de la DGT, por la cual, el diferimiento no puede ser objeto de regularización, pues es inherente al propio régimen, quedando limitada la regularización, por aplicación de la cláusula LIS art. 89.2, a las ventajas fiscales derivadas de la estructura generada por la operación, no, a las derivadas de la propia operación.

No compartimos el criterio del TEAC, debido a que el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación sobre una sentencia de la Audiencia Nacional, en la que sí se reconoce el diferimiento como ventaja fiscal a eliminar, resul-

20 STJUE, asunto C-115/16, «124 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para probar la existencia de una práctica abusiva es necesario que concurren, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, pese a haberse respetado formalmente las condiciones establecidas en la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención»

tando su posicionamiento justo el contrario al de la Audiencia, como se puede observar en el siguiente párrafo de la sentencia del TS:

«En el presente caso, lo que se viene a reprochar es la simple obtención de la ventaja fiscal, en no haber tributado por las plusvalías, lo propio del régimen de diferimiento, considerando que el mismo fin se hubiera obtenido si, en lugar de las escisiones, se hubiera realizado la enajenación de las acciones, esto es, estamos en presencia de lo que hemos reconocido como economía de opción a la inversa».

Queda claro que, para el TS, el mero diferimiento no es el beneficio que justifique la inaplicación del régimen fiscal, porque si lo fuese, claramente, hubiese resuelto en sentido contrario.

Efectivamente, si se analiza la sentencia con mayor detalle, se puede apreciar como el TS sí aprecia ventajas fiscales en las sociedades matrices no residentes, pero, no en las sociedades españolas, en las que se ha producido el diferimiento propio del régimen FEAC y, aun así, el TS mantiene la aplicación del régimen FEAC a estas últimas:

«Sobre esa base no resulta contradictorio afirmar como hace la Inspección que a través de la operación de escisión el beneficio obtenido por la sociedad española no ha existido, más bien tiene un claro perjuicio al actuar en beneficio de la sociedad matriz, que es la que realmente se ha beneficiado con el ahorro fiscal. La única ventaja fiscal obtenida por el Grupo fiscal español es la elusión de la tributación que la transmisión de las acciones le habría originado si dicha operación como era procedente se hubiera realizado por su valor de mercado...»

En conclusión, se extrae con claridad que, el Tribunal Supremo analiza la cuestión, toma pleno conocimiento y concluye que el diferimiento ínsito en el régimen FEAC no es un beneficio fiscal que justifique la inaplicación del régimen FEAC.

En consecuencia, como ha podido verificarse, la crítica que ha hace el TEAC en sus resoluciones al criterio interpretativo manifestado por la DGT en su contestación de 27 de julio de 2023, en nuestra opinión no goza de la solvencia que resultaría exigible para dar por zanjada esta cuestión, en efecto, la mayoría de los fundamentos esgrimidos por el TEAC en su análisis crítico, admiten una clara discusión en contra, lo cual nos lleva a considerar más adecuada, al tenor literal y la finalidad de la norma, la interpretación dada en su día por el citado centro directivo, ello sin perjuicio de los efectos vinculantes para la Administración recogidos en el art. 239.8 de la Ley 58/2003, General Tributaria de las resoluciones que venimos comentando.

6. Regularización de la operación propuesta por el TEAC

No podemos cerrar el análisis detallado de las resoluciones del TEAC sin entrar de lleno en la regularización planteada por el TEAC, no coincidente con la regularización de la Inspección. El TEAC matiza la regularización propuesta

en sus resoluciones del 12 de diciembre de 2024 que versan sobre la ejecución de las resoluciones del 22 de abril y del 27 de mayo de 2024, RG 6452/2022. Debe recordarse además que, el criterio manifestado por el TEAC en dichas resoluciones resulta vinculante a toda la Administración tributaria por mor de la aplicación de lo dispuesto en el art. 239.8 de la LGT.²¹

Debemos comenzar recordando la situación de hecho para poder entrar de lleno en el análisis de la regularización del TEAC: una persona física aportó, a una sociedad holding de nueva creación, las acciones de las sociedades filiales en las que participaba, sociedades operativas con importantes beneficios no distribuidos aplicados a reservas voluntarias en los ejercicios anteriores al de la operación de reestructuración. Con posterioridad a la aportación, las sociedades operativas reparten dividendos a la sociedad holding, si bien, no se repartieron todos los beneficios acumulados con anterioridad a la aportación, sólo una parte de los mismos. Estos dividendos no fueron, a su vez, distribuidos de la sociedad holding al socio-persona física.

La Inspección y el TEAC consideran que el abuso normativo consiste en el hecho de que el socio-persona física «dispone» indirectamente de unos beneficios fiscales, vía dividendos exentos, recibidos por la sociedad holding de la sociedad filial operativa. Sin embargo, el TEAC matiza que, en el momento de la comprobación y liquidación administrativa, ese efecto abusivo tan sólo se había consumado parcialmente, puesto que, de todos los beneficios susceptibles de ser distribuidos, generados en los ejercicios en los que el aportante-persona física era socio de la filial, solo se habían distribuido parte de los mismos de la sociedad filial a la sociedad holding.

El TEAC, a diferencia de la Inspección, considera que, por los beneficios distribuidos tras la operación de reestructuración, el socio-persona física eludió la tributación por IRPF que hubiera correspondido si hubiese percibido directamente los dividendos sin la sociedad holding interpuesta por la operación de reestructuración.

Así, el TEAC declara *«el fraude o la evasión fiscal, aunque pueda considerarse ya preparado, tan sólo se ha producido o materializado efectivamente de un modo parcial; aunque es cierto que se puede ir completando su consumación a medida que la operativa siga repartiendo esos beneficios, los acumulados antes de la operación y no distribuidos al tiempo de realizarla, a la sociedad holding interpuesta...»*

21 Art. 239.8 de la Ley 58/2003, General Tributaria

«La doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Económico-Administrativo Central vinculará a los tribunales económico-administrativos regionales y locales y a los órganos económico-administrativos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía y al resto de la Administración tributaria del Estado y de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía. El Tribunal Económico-Administrativo Central recogerá de forma expresa en sus resoluciones y acuerdos que se trata de doctrina reiterada y procederá a publicarlas según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 86 de esta Ley. En cada Tribunal Económico-Administrativo, el criterio sentado por su Pleno vinculará a las Salas y el de ambos a los órganos unipersonales. Las resoluciones y los actos de la Administración tributaria que se fundamenten en la doctrina establecida conforme a este precepto lo harán constar expresamente»

...El art. 89.2 LIS nos lleva a modificar el tratamiento de este tipo de operaciones... Se debe modular, desde luego, el importe total de las correcciones a realizar, de manera que los ajustes a realizar no sean ni mayores ni menores que la ventaja abusivamente lograda de modo efectivo que se haya identificado.

Y también, para conseguir ese objetivo cuantitativo, será relevante determinar en qué ejercicio fiscal procede imputar las correcciones o ajustes que se deban realizar»

En consecuencia, el TEAC no comparte la regularización llevada a cabo por la Inspección que consistía en regularizar, como ganancia patrimonial en la base imponible del ahorro, la totalidad de las reservas acumuladas por las sociedades filiales aportadas a la fecha de la operación de reestructuración.

El TEAC discrepa de la regularización de la Inspección con base en dos motivos:

- en el importe del abuso a eliminar: considera que gravar, en el ejercicio en el que se produjo la aportación no dineraria, la totalidad de los beneficios que el socio de la operativa tenía pendientes de recibir de ésta va más allá de lo que pudiera considerarse como la eliminación de la ventaja abusiva lograda. Así, se le estaría gravando por beneficios de la operativa de los que aún no se han dispuesto: *«se estaría gravando un fraude no consumado, solamente preparado o planificado. Esa consumación podría no llegar a producirse si, por ejemplo, la evolución de la actividad de la operativa es negativa, y esos beneficios acumulados susceptibles de ser distribuidos se ven compensados con pérdidas de ejercicios siguientes»*
- en el ejercicio en el que se debe imputar el ajuste por eliminación del abuso de derecho: plantea que, si la regularización se realizara con imputación al ejercicio en el que se realiza la operación de reestructuración por el abuso manifestado y consumido hasta la fecha de la comprobación, podrían quedar sin eliminar todas las «ventajas fiscales abusivas» que consiguiese el socio-persona física en los ejercicios posteriores.

La regularización planteada por el TEAC, por aplicación de la cláusula anti-abuso del art. 89.2 LIS, se basa en la corrección de los efectos abusivos, a medida que estos se van produciendo, lo que, según el TEAC, implica, en el presente caso, la regularización en cada uno de los ejercicios en los que el socio-aportante obtenga o logre, de forma indirecta, a través de la sociedad holding, la disponibilidad de los beneficios acumulados en la sociedad operativa antes de la operación de reestructuración (operación de aportación de sus participaciones a la sociedad holding de nueva creación).

Para la regularización en el socio persona física-aportante, el TEAC se apoya normativamente en el art. 37.1.d de la LIRPF (ganancia patrimonial en caso de aportación y canje de valores) y el art. 14.2.d (imputación temporal—operaciones a plazo), en base a los cuales, la eliminación de las ventajas fiscales vinculadas al abuso se debe practicar a medida que el socio-persona física vaya obteniendo,

a través de la sociedad holding, la disponibilidad de los beneficios de la sociedad operativa, pues éstos representan la parte del valor de transmisión de su aportación que no se tuvo en cuenta en el momento de la operación de reestructuración, al sujetarla al régimen FEAC.

Pasamos a detallar las principales cuestiones en las que se basa el TEAC para fundamentar la regularización que propone:

1. En primer lugar, establece que, si no existen motivos económicos válidos, resulta de aplicación la cláusula antiabuso y con ella la **eliminación de la ventaja fiscal perseguida**, mediante la tributación de la ganancia patrimonial por la parte de los dividendos distribuidos por la sociedad filial a la sociedad holding de los beneficios no distribuidos generados con antelación a la operación de aportación no dineraria.

En la resolución de 12 de diciembre de 2024, el TEAC recuerda y remarca que esta regularización no deriva de una eliminación total del régimen FEAC, sino que éste sigue resultando de aplicación a las acciones / participaciones aportadas, como régimen general, si bien, se requiere la eliminación de la ventaja fiscal abusiva.

2. El TEAC califica la ventaja fiscal como una ganancia, no como una distribución de dividendos, pese a la configuración de la ventaja fiscal abusiva planteada por la AEAT en su liquidación (la aplicación de la exención para evitar la doble imposición prevista en el artículo 21 de la Ley 27/2014, del IS). Sin embargo, reconoce que **la manifestación del fraude se produce** cuando la sociedad holding percibe los dividendos de la sociedad operativa y disfruta de la exención para evitar la doble imposición de dividendos, frente a la tributación en IRPF que supondría en el socio persona física si éste hubiese percibido directamente los dividendos.

3. El TEAC considera el **beneficio a regularizar como una ganancia**, y concretamente con una ganancia de las reguladas en el art. 37.1.d) de la LIRPF²² (regla de cálculo de las ganancias en los supuestos de aportación no dineraria a sociedades), sin embargo, no se guía por las reglas de devengo y liquidación contenidas en dicho precepto, pues no se cuantifica por la diferencia entre el valor de mercado de lo recibido y el valor de adquisición de lo aportado, sino que se cuantifica por los *«beneficios generados hasta la fecha de aportación»* distribuidos de la sociedad filial a la sociedad holding.

22 El art. 37.1.d. de la LIRPF establece que para *«las aportaciones no dinerarias a sociedades, la ganancia o pérdida se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes o derechos aportados y la cantidad mayor de las siguientes:*

Primera.-El valor nominal de las acciones o participaciones sociales recibidas por la aportación o, en su caso, la parte correspondiente del mismo. A este valor se añadirá el importe de las primas de emisión.

Segunda.-El valor de cotización de los títulos recibidos en el día en que se formalice la aportación o el inmediato anterior.

Tercera.-El valor de mercado del bien o derecho aportado.

El valor de transmisión así calculado se tendrá en cuenta para determinar el valor de adquisición de los títulos recibidos como consecuencia de la aportación no dineraria.»

Para cuantificar el importe a regularizar y determinar la ganancia patrimonial, el TEAC utiliza la siguiente magnitud *«los beneficios que estaban acumulados en la sociedad operativa antes de la aportación»*, es decir, utiliza como magnitud la suma de los saldos de las cuentas de los subgrupos 11 y 12 del cuadro de cuentas del Plan General de Contabilidad (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre).

4. El TEAC en sus resoluciones de 22 de abril y de 27 de mayo de 2024, lo reconoce, si bien, en sus resoluciones de 12 de diciembre de 2024, matiza la ganancia regularizable, estableciendo dos casos en los que no se produciría una conducta abusiva:

- Cuando en el ejercicio en el que se repartan reservas, anteriores a la operación FEAC, la sociedad holding realice inversiones «aptas» que impida considerar la existencia de abuso.
- Cuando la sociedad holding perceptora de los dividendos, a su vez, distribuya dividendos al socio persona física.

En estos casos, el TEAC considera que la ganancia a regularizar debe reducirse, manifestando que *«la adecuada interpretación del artículo 89.2 de la LIS debe conducir a que se evite toda desimposición o diferimiento abusivo, pero también debe permitir que no se vaya más allá, de modo que no se genere ningún supuesto de sobreimposición»*.

5. Sobre el criterio de imputación temporal de la ganancia, el TEAC no considera procedente la regla general de imputación de las ganancias patrimoniales, imputando ésta al ejercicio en el que se produce la alteración patrimonial, sino que considera que procede aplicar la regla de imputación de operaciones a plazos o con precio aplazado, conforme al art. 14.2.d) de la LIRPF, haciendo coincidir los plazos, con los ejercicios en los que se distribuyen, de la sociedad filial a la sociedad holding, los dividendos que provienen de las reservas o beneficios generados hasta la fecha de aportación.

6. El TEAC, en su resolución de 12 de diciembre de 2024, aclara que las distribuciones de dividendos tras la operación de reestructuración, con independencia de la designación que se haga en el acuerdo social de distribución de dividendos, a efectos fiscales, se entenderán realizadas conforme a un criterio FIFO, esto es, se entenderá que los dividendos se distribuyen, en todo caso, con cargo a las reservas más antiguas, con independencia de lo que se especifique en los acuerdos de distribución.

Para ello, el TEAC se ha basado en (i) que, la existencia de reservas previas permite la distribución de las generadas en primer lugar, (ii) en el carácter fungible de las reservas de libre disposición y el beneficio del ejercicio (*son intercambiables*), tomando como apoyo normativo el art. 273 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Ley de Sociedades de Capital), (iii) en que existe apoyo interpretativo para justificar este criterio sobre la base de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 y de los art. 37.2 de la LIRPF (el criterio FIFO previsto

para la asignación de los valores homogéneos transmitidos) y el art. 33.3.a también de la LIRPF (sobre reducciones de capital).

7. Por último, resaltar que el TEAC, en base a las dos resoluciones dictadas con respecto a una misma operación, pero, en relación con dos personas físicas, considera que constituyen un criterio reiterado en el sentido del art. 239.8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

A continuación, exponemos nuestra valoración sobre la anterior propuesta de regularización del TEAC en sus resoluciones:

1. En primer lugar, y como punto de partida, consideramos que la exención contenida en el art. 21 de la LIS es una exención técnica y la creación de una sociedad holding no supone una ventaja fiscal y, menos, abusiva; puesto que esta estructura no supone ningún cambio en la persona física. Basamos nuestra opinión en que:

- La sociedad holding es una estructura absolutamente común y conveniente en la organización empresarial, no estamos, por tanto, ante un abuso de derecho, de las formas y, por ello, no puede desconocerse su existencia (disregard) o considerarse artificiosa.
- En este sentido, confundir sociedad Holding con persona física nos parece inapropiado, pues son dos personalidades (la persona física y la jurídica) distintas. De hecho, hasta que la sociedad holding no distribuya dividendos, es una estructura inocua para la persona física, en términos de manifestación de capacidad económica.

En efecto, tradicionalmente la AEAT, al analizar las operaciones FEAC, ha considerado como beneficios fiscales abusivos aquellos que generaban un ahorro fiscal en los propios sujetos pasivos intervinientes en las operaciones. Así, en el informe de 23 de junio de 2008, por parte del Departamento de Inspección financiera y tributaria de la AEAT, relativo a la comprobación de operaciones de reestructuración empresarial, se identificaban una serie de riesgos fiscales detectados en el curso de actuaciones inspectoras. El punto 3 (Áreas de riesgo en materia de finalidad de las operaciones) hacía alusión a los riesgos más frecuentes que suelen presentarse dentro del área de aplicación de la cláusula antiabuso del art. 96.2 de la TRLIS (hoy, art. 89.2 LIS), identificándose los tres siguientes:

- Operaciones que tenían por objeto la compensación de bases imponibles negativas.
- Operaciones preparatorias de una venta posterior en condiciones favorables o beneficiosas (eludiendo la tributación de plusvalías tácitas).
- Operaciones que tenían por objeto aflorar un fondo de comercio deducible.

Estos riesgos detectados tienen una base común, todos ellos contemplan una ventaja fiscal más allá del propio diferimiento, del acceso a la aplicación de regímenes fiscales especiales como el de consolidación, la aplicación de

deducciones técnicas (como la deducción por doble imposición aplicable en su día (art. 30 del TRLIS)), se refieren exclusivamente a los impuestos afectados por la Directiva, esto es, el IS y el IRPF y, además, la ventaja fiscal determinante del abuso se ubica en los sujetos intervinientes en la operación. Es decir, el ahorro fiscal se pone de manifiesto en el mismo sujeto pasivo que ejecuta la operación. Esta circunstancia no se da en el supuesto de la exención para evitar la doble imposición, que es una exención técnica que opera en sede de la sociedad holding, no en la persona física que no ha percibido renta alguna ni, por ende, ha disfrutado de beneficio fiscal alguno. Al contrario, cuando ésta perciba dividendos procedentes de la sociedad holding, deberá imputarlos en la base del ahorro sin disfrutar de ningún beneficio fiscal. Por ello, esta operación para el socio persona física aportante es inocua desde un punto de vista fiscal.

- Por el contrario, la estructura creada sí produce una ventaja para la Hacienda Pública, pues se genera una tributación adicional del 1,25% que, antes de la operación, no existía. En efecto, al crear una sociedad holding entre el socio persona física y la sociedad productiva, la carga fiscal se ve incrementada, ya que, para que el socio persona física perciba un dividendo no solo tributa la sociedad productiva, sino también la sociedad holding tomando como base el 5% de los dividendos distribuidos. Lo anterior puede verificarse fácilmente a través de un sencillo ejemplo.
- La sociedad A ha obtenido un beneficio antes de impuestos de 100.000 euros que pretende distribuir íntegramente a los socios personas físicas. En el siguiente cuadro se aprecia claramente que el coste fiscal para la persona física es superior si, entre la sociedad productiva y la persona física, se incorpora una sociedad holding:

	Con Holding	Sin Holding
BAI Sociedad A	100.000,00 €	100.000,00 €
IS (25%)	25.000,00 €	25.000,00 €
BDI	75.000,00 €	75.000,00 €
IS Holding (1,25%)	937,50 €	– €
Dividendo al Socio PF	74.062,50 €	75.000,00 €
IRPF Socio PF (23%)	17.034,38 €	17.250,00 €
Neto	57.028,13 €	57.750,00 €
% Coste fiscal	42,97%	42,25%

Como puede apreciarse, respecto de la manifestación de capacidad económica en la persona física por la percepción del dividendo, el coste fiscal es mayor mediando una sociedad holding

que sin ella. Por ello, no resulta acertado afirmar que la incorporación de una sociedad holding reduzca el coste fiscal.

- Cualquier uso personal o ilícito por parte del socio persona física de los fondos (dividendos) que pueda obtener la sociedad holding tiene normas específicas de regularización, nos referimos a la normativa de precios de transferencia (art. 18 de la LIS), la normativa de valoración de rentas en especie (art. 40 y ss. de la LIRPF), las limitaciones a la deducción del IVA contenidas en el art. 95 y ss. de la LIVA. Por ello, si realizada una operación de canje de valores o aportación no dineraria, el contribuyente persona física factura servicios a través de la sociedad y no se imputa lo que corresponda, o adquiere activos para su uso personal sin satisfacer rentas a valor de mercado o imputarse rentas... la Administración podrá regularizar estas situaciones concretas aplicando los citados preceptos o los que estime conveniente, pero no podrá considerar tales comportamientos como habilitantes para justificar una inaplicación del régimen FEAC, pues como decimos, dicha medida va más allá de lo necesario para salvaguardar los intereses recaudatorios del Estado.

2. Coincidimos con el TEAC en su resolución de 12 de diciembre de 2024, en que, aunque se practique la regularización por considerar que ha existido abuso en la aplicación del régimen FEAC, este sigue siendo aplicable, es decir el régimen FEAC se configura como un régimen general, sin que el art. 37 de la LIRPF pueda considerarse como un régimen alternativo o subsidiario. En este sentido, las participaciones o activos objeto de aportación o canje y las acciones o participaciones recibidas a cambio quedan sujetas al régimen general FEAC en todo caso.

Esta circunstancia implica el reconocimiento por parte del TEAC de que, el régimen FEAC es el régimen general que resulta de aplicación única y directamente a todas las operaciones descritas en el art. 76 y 87 de la LIS, es decir, se abandona el sistema vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, consistente en la existencia de un régimen FEAC especial y opcional, que, en el supuesto de inaplicación, derivaba indefectiblemente en la aplicación del régimen general (art. 37 de la LIRPF o 15 del TRLIS).

Lo anterior, tiene gran relevancia pues el TEAC, sustenta su criterio de regularización en que el resto de los preceptos del régimen FEAC singuen resultando de aplicación, lo cual afecta al régimen fiscal de los activos involucrados, fechas y valores de adquisición²³.

3. Coincidimos con el TEAC en que la Inspección no puede regularizar todo el diferimiento vinculado a las reservas existentes en el momento en el que se

²³ Así el art. 80 de la Ley 27/2014, establece, en sus apartados 2 y 3 que:

2. Los valores recibidos por la entidad que realiza el canje de valores se valorarán, a efectos fiscales, por el valor fiscal que tenían en el patrimonio de los socios que efectúan la aportación, según las normas de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, manteniéndose, igualmente, la fecha de adquisición de los socios aportantes.

No obstante, en aquellos casos en que las rentas generadas en los socios no estuviesen sujetas a tributación en territorio español, se tomará el valor de mercado. En este caso, la fecha de adquisición

ejecuta la operación FEAC e imputarlo al ejercicio en el que se realizó la operación; pues, si se liquida, dicha liquidación *«no se ajusta ni al importe de la elusión fiscal efectivamente producida, ni se ha imputado al ejercicio en el que se ha producido»*. Efectivamente el TEAC muestra cierta sensibilidad a la hora de ubicar temporalmente la manifestación (indirecta) de capacidad económica en el momento en el que esta se produce en la sociedad holding, rechazando el criterio maximalista de la Inspección que configuraba una ganancia patrimonial como si a la operación le hubiese aplicado el art. 37.1 d) de la Ley 35/2006 del IRPF.

Sin embargo, no estamos conformes con que la aplicación del art. 89.2 de la LIS, por la falta de motivación económica válida, pueda llevar a la aplicación del art. 37.1.d de la LIRFP, porque este precepto y su regla de cálculo de la ganancia patrimonial, desde la entrada en vigor de la Ley 27/2014 del IS, es un régimen optativo y residual, ya que el régimen FEAC es el régimen general y su inaplicación total o parcial, por aplicación de la cláusula antiabuso, art. 89.2 LIS, conlleva un régimen de regularización específico.

4. En este sentido, y aplicando este último precepto, si como dice la AEAT el beneficio fiscal pretendido es la aplicación de la exención prevista en el art. 21.1 de la LIS a una distribución de dividendos percibida por la sociedad holding que no ha tributado en su socio persona física, si hay algo que, en su caso, se podría regularizar, sería, tal distribución de dividendos, pues, en el caso de inaplicación del régimen general FEAC, se regularizaría, *exclusivamente*, el beneficio fiscal pretendido de forma fraudulenta, sin que pueda suponer la regularización del diferimiento propio del régimen FEAC.

En consecuencia, la consideración de la ventaja fiscal como rendimiento del capital mobiliario en sede del socio persona física aportante encaja mejor que la tesis esgrimida por el TEAC, consistente en aplicar la norma relativa a las ganancias patrimoniales (pero conforme a unas reglas de cuantificación distintas) y el criterio de imputación de los pagos aplazados (art. 14.2.d de la LIRPF).

5. Tampoco, estamos conformes con la justificación de la regularización propuesta por el TEAC sobre la base del criterio de imputación de las operaciones a plazos (art. 14.2.d de la LIRPF). El criterio de operaciones a plazos consiste en que el contribuyente puede optar por imputar proporcionalmente las ganancias o pérdidas patrimoniales a medida que se hagan exigibles los cobros. Es un criterio de aplicación voluntaria cuando el periodo existente entre la entrega o puesta a disposición del bien o derecho y el vencimiento del último plazo sea superior al año (DGT CV 2050-22, STJ Madrid del 18 de septiembre de 2023, rec. 1517/2020).

de las acciones será la correspondiente a la fecha de realización de la operación de canje de valores.
3. Los valores recibidos por los socios se valorarán, a efectos fiscales, por el valor fiscal de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según proceda. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida.

Los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados.

Este criterio de imputación requiere la certeza de los plazos de pago como *conditio sine qua non*, así se recoge, entre otras, en la sentencia de la AN del 23 de mayo de 2012, rec. 324/2010, en la que se concluye que la operación de compraventa no cumple con los requisitos establecidos para la imputación temporal de ganancias patrimoniales, pues la falta de un calendario de pagos y la libertad del comprador para determinar los plazos de pago impiden considerar que los cobros sean exigibles, y con ello marcar un calendario de «exigibilidad de los cobros».

6. No nos parece adecuadamente fundamentado el criterio fiscal FIFO de imputación de los dividendos a distribuir por la sociedad holding tras la operación FEAC con independencia de lo acordado en los correspondientes acuerdos sociales de la junta general de accionistas, utilizado por la AEAT (en el acuerdo de ejecución de las resoluciones) y aceptado por el TEAC (en las resoluciones sobre las reclamaciones contra la ejecución) por las siguientes razones;

- La fundamentación utilizada por el TEAC en su resolución no resulta de aplicación al caso concreto y por ello no permite fundamentar tal posición.
- En efecto, el art. 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que «cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta» es decir, aclara que es indistinto si los dividendos se distribuyen con cargo a reservas o a resultado del ejercicio, lo cual significa que son intercambiables, pero no que aplique un criterio FIFO.
- Por su parte la Resolución de 15 de marzo de 2019 del ICAC, tampoco se refiere a esta cuestión concreta, ya que, hace referencia al impacto de la distribución de dividendos y el valor contable en el socio de las sociedades adquiridas que los reparten. En particular el art. 31 de la citada resolución dice:

«Artículo 31. La contabilización de la aplicación del resultado en el socio.

1. Los dividendos discrecionales devengados con posterioridad al momento de la adquisición de las acciones o participaciones se reconocerán como ingresos en la cuenta de pérdidas y ganancias cuando se declare el derecho del socio a recibirlos.

A estos efectos, en la valoración inicial de los instrumentos de patrimonio se registrarán de forma independiente, atendiendo a su vencimiento, el importe de los dividendos ya acordados previamente por el órgano competente en el momento de la adquisición.

Sin embargo, cuando los dividendos distribuidos procedan inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de

adquisición porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la fecha de adquisición hasta el momento en que se acuerde el reparto, no se reconocerán como ingresos, y minorarán el valor contable de la inversión.

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

En este sentido, el criterio del ICAC es el contrario, es decir si los resultados del ejercicio son iguales o mayores al importe de los dividendos distribuidos, el valor de los valores adquiridos no se reducirá, únicamente se producirá tal reducción si los dividendos distribuidos son superiores al beneficio, es decir, lo contrario de lo que implicaría aplicar un criterio FIFO.

- El art. 37.2²⁴ de la Ley 35/2006 del IRPF establece una regla (FIFO) de identificación de los valores transmitidos en las transmisiones de valores homogéneos por compraventa, a cambio de dinero. Esta cuestión no guarda ninguna relación con la imputación de las reservas en la distribución de dividendos por las sociedades, por lo que no sirve para justificar la posición de la AEAT y del TEAC.
- ni el art. 33.3.a)²⁵ de la Ley 35/2006 del IRPF tampoco serviría por la misma razón.
- Por otro lado, no puede obviarse que el propio artículo 21.1 de la LIS, que precisamente sí regula expresamente esta cuestión, dice exactamente lo contrario, esto es, *«para la aplicación de este artículo, en el caso de dis-*

24 Art. 37.2 de la Ley 35/2006 del IRPF: *«A efectos de lo dispuesto en las letras a), b) y c) del apartado anterior, cuando existan valores homogéneos se considerará que los transmitidos por el contribuyente son aquéllos que adquirió en primer lugar.*

Cuando se trate de acciones totalmente liberadas, se considerará como antigüedad de las mismas la que corresponda a las acciones de las cuales procedan.»

25 Art. 33.3 a) de la Ley 35/2006, del IRPF: *«Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos:*

a) En reducciones del capital. Cuando la reducción de capital, cualquiera que sea su finalidad, dé lugar a la amortización de valores o participaciones, se considerarán amortizadas las adquiridas en primer lugar, y su valor de adquisición se distribuirá proporcionalmente entre los restantes valores homogéneos que permanezcan en el patrimonio del contribuyente.

Cuando la reducción de capital no afecte por igual a todos los valores o participaciones propiedad del contribuyente, se entenderá referida a las adquiridas en primer lugar. Cuando la reducción de capital tenga por finalidad la devolución de aportaciones, el importe de esta o el valor normal de mercado de los bienes o derechos percibidos minorará el valor de adquisición de los valores o participaciones afectadas, de acuerdo con las reglas del párrafo anterior, hasta su anulación. El exceso que pudiera resultar se integrará como rendimiento del capital mobiliario procedente de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, en la forma prevista para la distribución de la prima de emisión, salvo que dicha reducción de capital proceda de beneficios no distribuidos, en cuyo caso la totalidad de las cantidades percibidas por este concepto tributará de acuerdo con lo previsto en la letra a) del artículo 25.1 de esta Ley. A estos efectos, se considerará que las reducciones de capital, cualquiera que sea su finalidad, afectan en primer lugar a la parte del capital social que no provenga de beneficios no distribuidos, hasta su anulación.

tribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se considerarán aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas».

- Además, dicho criterio no tiene en cuenta la situación de liquidez de la sociedad productiva a la fecha de la operación FEAC que es la cuestión determinante a los efectos de valorar si tales reservas eran distribuibles o no, y, por ende, la cuantificación del eventual beneficio fiscal pretendido. Es decir, habría que estar al destino que se dio a las reservas generadas en tales ejercicios, en consonancia con nuestro comentario relativo a la determinación del beneficio fiscal abusivo a la fecha de la aportación o canje de valores.

7. En efecto, tampoco estamos conformes con la cuantificación del beneficio fiscal, «los beneficios que estaban acumulados en la sociedad operativa antes de la aportación», equivalente a los beneficios generados hasta la fecha de aportación, pues como decimos, dichos beneficios están financiando el activo y financiarían la actividad de la sociedad a futuro y, de admitir dicho criterio, el importe de tales beneficios anteriores debería quedar circunscrito a la liquidez real, es decir, a los excesos de tesorería claros y perfectamente identificables existentes a la fecha de la operación. Piénsese que en muchas ocasiones las sociedades aportadas no tienen prácticamente liquidez y sí reservas, por lo que, lo aportado, para el socio persona física en términos de aprovechamiento de la exención prevista en el art. 21 de la LIS, es prácticamente nulo, en supuestos como estos, resulta evidente que no hay beneficio fiscal aprovechable...

En efecto, creemos que, a la hora de cuantificar el beneficio fiscal abusivo, tanto la AEAT como el TEAC deberían distinguir entre reservas disponibles y

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de reducción de capital que tenga por finalidad la devolución de aportaciones y no proceda de beneficios no distribuidos, correspondiente a valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, cuando la diferencia entre el valor de los fondos propios de las acciones o participaciones correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de la reducción de capital y su valor de adquisición sea positiva, el importe obtenido o el valor normal de mercado de los bienes o derechos recibidos se considerará rendimiento del capital mobiliario con el límite de la citada diferencia positiva.

A estos efectos, el valor de los fondos propios a que se refiere el párrafo anterior se minorará en el importe de los beneficios repartidos con anterioridad a la fecha de la reducción de capital, procedentes de reservas incluidas en los citados fondos propios, así como en el importe de las reservas legalmente indisponibles incluidas en dichos fondos propios que se hubieran generado con posterioridad a la adquisición de las acciones o participaciones.

El exceso sobre el citado límite minorará el valor de adquisición de las acciones o participaciones conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo de esta letra a).

Cuando por aplicación de lo dispuesto en el párrafo tercero de esta letra a) la reducción de capital hubiera determinado el cómputo como rendimiento del capital mobiliario de la totalidad o parte del importe obtenido o del valor normal de mercado de los bienes o derechos recibidos, y con posterioridad el contribuyente obtuviera dividendos o participaciones en beneficios conforme al artículo 25.1 a) de esta Ley procedentes de la misma entidad en relación con acciones o participaciones que hubieran permanecido en su patrimonio desde la reducción de capital, el importe obtenido de los dividendos o participaciones en beneficios minorará, con el límite de los rendimientos del capital mobiliario previamente computados que correspondan a las citadas acciones o participaciones, el valor de adquisición de las mismas conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo de esta letra a).»

reservas distribuibles, pues ambas magnitudes no pueden equipararse. Las reservas disponibles son las que ha generado la compañía desde su constitución y que, de existir liquidez suficiente, podrían repartirse conforme a las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital y los estatutos de la sociedad que regulan esta cuestión, mientras que las reservas distribuibles, son aquellas que pueden, efectivamente, ser objeto de distribución o reparto a los socios por contar la compañía con liquidez suficiente para ello.

En este sentido, las reservas distribuibles son un concepto más restringido, se circunscribe a la capacidad efectiva de distribución de dividendos en un momento concreto sin que la situación financiera de la sociedad se vea afectada. Esta magnitud, define con mayor precisión la eventual ventaja fiscal abusiva, pues es la que, a la fecha de aportación o canje de valores, podría efectivamente repartirse y, por ende, es la que efectivamente podría beneficiarse de la exención para evitar la doble imposición prevista en el art. 21 de la Ley 27/2014 del IS.

8. En relación con el efecto en la valoración de los activos/participaciones aportadas en el supuesto de inaplicación del régimen FEAC, el criterio de revalorización «progresiva» que plantea el TEAC, es decir, en función de cómo se imputa la ganancia en la persona física, consideramos que no deja de ser incoherente pues, si aceptamos que se trate la operación como una ganancia patrimonial derivada de una aportación no dineraria (art. 37.1.d) de la Ley 35/2006), incluso admitiendo que a estas operaciones pudiese aplicarse el criterio de imputación de las operaciones a plazos, el activo debería considerarse revalorizado como consecuencia de la regularización, pues esto es, precisamente, lo que habría ocurrido con una operación de aportación no dineraria o una operación acogida al criterio de imputación a plazos recogido en el art. 14.2 d) de la LIRPF. En este sentido, la revalorización sí debería ser instantánea o coincidente con la inaplicación del régimen FEAC por parte de la Administración, pues, como consecuencia de ese acto administrativo, se modifica el régimen de tributación de los socios personas físicas.

9. Consideramos acertado (aunque sería deseable una mayor claridad y contundencia), que la ganancia diferida, pueda evitarse o reducirse si, (i) la sociedad holding destina los dividendos obtenidos de la sociedad productiva a inversiones o destinos que puedan considerarse «aceptables» desde el punto de vista de la motivación económica válida y (ii) en los supuestos en los que la sociedad holding receptora de los dividendos, a su vez, los distribuya a la persona física aportante. En caso contrario, se produciría una sobre imposición que, iría más allá de lo que establece el art. 89.2 de la LIS, pues el contribuyente quedaría sometido a una tributación mayor que la que se derivaría de no haber ejecutado la operación.

10. Decimos que sería deseable mayor claridad, pues entendemos que si se acepta la consideración del criterio FIFO como criterio aplicable a las distribuciones de dividendos desde la sociedad productiva a la sociedad holding adquirente y por esa distribución el socio persona física tributa como ganancia, cuando ésta reparte dividendos a la persona física, tales dividendos no deberían tributar hasta que se rebase el importe de la ganancia patrimonial previa-

mente tributada. Ello parece entenderse de la dicción literal de la resolución de 12 de diciembre de 2024, *«La segunda afirmación, referida a la minoración de esta ganancia o ganancias que, en el futuro, se imputen o se liquiden a esta misma socia / persona física por los dividendos que, en su caso, se le repartan por la entidad holding (de la que aquella es socia única), sí se comparte por este TEAC ya que, como ya hemos dicho, ha de partirse de la premisa esencial de que la adecuada interpretación del artículo 89.2 de la LIS debe conducir a que se evite toda desimposición o diferimiento abusivo, pero también debe permitir que no se vaya más allá, de modo que no se genere ningún supuesto de sobreimposición»*, pero, como decimos, debería quedar más claro habida cuenta del especial sistema de imputación y compensación de las distintas fuentes de renta en el IRPF.

11. Recientemente el TEARCV ha resuelto sobre un acuerdo de ejecución similar al tratado por el TEAC en sus resoluciones, pues, de hecho, se aplica el criterio reiterado adoptado en las mismas, y en el mismo se planteaban dos cuestiones, a nuestro juicio, relevantes:

- (i) no se han tenido en cuenta las inversiones realizadas que deberían reducir la ganancia,
- Y (ii) que no se reconoce al contribuyente *«un crédito fiscal a favor de la persona física aportante»*

Respecto de la primera de las cuestiones el TEARCV desestima la pretensión del recurrente al entender que *«a juicio de este Tribunal las menciones del TEAC, respecto al destino que haya dado la entidad holding a los fondos recibidos por el reparto de dividendos que acuerde la sociedad opertiva, se refieren a los ejercicios posteriores a los no comprobados»*.

Respecto de la segunda cuestión el TEARCV rechaza también la pretensión del recurrente al entender que:

«En este sentido, la resolución 06543-2024 del TEAC señala que ha de partirse de la premisa esencial de que la adecuada interpretación del artículo 89.2 de la LIS debe conducir a que se evite toda desimposición o diferimiento abusivo, pero también debe permitir que no se vaya más allá, de modo que no se genere ningún supuesto de sobreimposición.

Pues bien, en el presente caso no se aprecia ninguna posible sobreimposición en el acuerdo de ejecución, toda vez que el reclamante no ha percibido ningún dividendo en 2017.

Procede, por tanto, desestimar las alegaciones en este punto».

No nos parece que con esta resolución se esté evitando por parte del TEARCV ni de la AEAT evitar que como consecuencia de la regularización se produzcan supuestos de sobreimposición, ni se vaya más allá de lo necesario para eliminar exclusivamente la ventaja fiscal abusiva.

Efectivamente si la regularización a practicar conforme a lo previsto por la novedosa doctrina del TEAC, debe evitar supuestos de sobre imposición, debe-

ría reconocerse a los contribuyentes afectados por estas regularizaciones todos los derechos que como consecuencia de las mismas se les generen, todo ello sobre la base de los principios de regularización íntegra y de buena administración (STS de 15 de octubre de 2020, rec. 1434/2019). En efecto, la Administración no puede exigir a los contribuyentes lo que le conviene y obviar los derechos que, derivados de esa misma regularización, le corresponden. Es decir, la Administración no puede liquidar las ganancias patrimoniales que estime se han generado y no reconocer la no tributación de los dividendos futuros que se repartan a ese mismo socio o por las inversiones en el circuito económico que éste haya realizado en el momento en el que se dicta el acto administrativo, pues en caso contrario no se le garantiza la no sobreimposición que exige el TEAC en la doctrina que analizamos.

12. Por último, que se considere que ambas resoluciones constituyen un criterio reiterado nos parece precipitado por las siguientes razones:

- Porque, hubiese sido aconsejable que se hubiesen analizado distintas operaciones y no emitir un criterio, como reiterado, a la vista de una única operación.
- Tal y como tiene dicho el TS y el TJUE, estas operaciones son tan casuísticas, tan específicas que, en nuestra opinión, resulta imposible generar un criterio general o reiterado aplicable a todas las operaciones en ninguna de las cuestiones tratadas, ni en la calificación de los motivos económicos válidos, ni en la determinación de la ventaja fiscal, ni en el mecanismo de regularización...

Por ello, consideramos que, en un asunto como el tratado, la consideración de estos criterios como criterios reiterados a los efectos del 239.8 de la LGT, no contribuye en absoluto a generar seguridad jurídica, que es la auténtica finalidad del citado precepto.

7. Conclusión

En primer lugar, consideramos que el debate **motivación económica vs. ahorro fiscal**, no es un enfoque adecuado para determinar la aplicación del régimen FEAC, pues este debería situarse más en el abuso de Derecho vs. ahorro fiscal, pues en caso contrario se considera la motivación económica como un requisito para la aplicación del régimen, lo cual no es conforme con la normativa nacional ni europea.

Por otro lado, debe exigirse a las autoridades fiscales un **mayor conocimiento de los principios de organización empresarial** a la hora de verificar y valorar qué motivos económicos deben concurrir en cada una de las operaciones contenidas en el art. 76 y 87 de la LIS. Especialmente deben diferenciarse las reestructuraciones financieras (canjes, aportaciones no dinerarias especiales, escisiones financieras) frente a las reestructuraciones operativas (fusiones, escisiones, segregaciones de rama de actividad...)

Consideramos que la base de la regularización propuesta por la AEAT y amparada por el TEAC, parten de dos errores de concepto iniciales que son (i) la confusión de la persona jurídica (sociedad holding) con la persona física y (ii) la visión de la sociedad holding como una sociedad «interpuesta», como un abuso de Derecho.

En cuanto a la propuesta de regularización que hace el TEAC, nos parece excesivamente forzada, aunque mejora los planteamientos de la Inspección, respecto de los cuales coincidimos con el Tribunal, *«ya que (...) la persona física aportante que no ha dispuesto de los beneficios generados por la sociedad operativa al no haber sido aun repartidos por dicha sociedad»*, sin embargo, no vemos necesario hacer tributar a la persona física cada vez que la sociedad productiva distribuya dividendos a la sociedad holding por esa misma razón, porque ésta aún no ha percibido ninguna renta.

Al final, el TEAC retrasa los efectos de la regularización respecto del planteamiento de la Inspección, pero tampoco los sitúa en el momento correcto, pues la persona física no percibe ninguna renta cuando la sociedad holding recibe el dividendo.

Además, aplicar el 37.1.d de la LIRPF tiene un difícil encaje legal, pues como hemos aclarado con la entrada en vigor de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, dicho régimen deja de ser alternativo.

Consideramos pues, que en el supuesto en el que se aceptase la regularización por inexistencia de motivación económica, esta debería tratarse, en todo caso, como una distribución de dividendos y no como una ganancia, pues sería lo que habría ocurrido realmente si lo que se pretende es considerar a la sociedad holding como instrumento para aplicar la exención para evitar la doble imposición recogida en el art. 21 de la LIS de forma abusiva.

Considerar los dividendos en la holding como ganancia en el socio excede de lo que prevé el art. 89.2 de la LIS, genera distorsiones en el contribuyente persona física que puede no disponer de liquidez para afrontar dicha regularización (recordemos no ha recibido ninguna renta), el propio TEAC reconoce las citadas distorsiones cuando dice que, la regularización *«que exigirá, indudablemente, que se realicen los ajustes pertinentes para que no se generen sobreimposiciones»* pero consideramos que debe exigirse más contundencia y claridad a la hora de erradicar cualquier sobreimposición en la regularización del régimen FEAC, en el sentido de que, toda distribución de dividendos desde la holding al socio debería quedar exonerada de tributación hasta que se rebase el importe total de la ganancia patrimonial liquidada. La resolución de diciembre de 2024 que comentamos parece seguir esa dirección, pero, como apuntamos en el cuerpo de la nota, sería exigible mayor claridad.

En este sentido, y como conclusión, nos parece más ajustada la regularización que propone el TEAC que la inicialmente practicada por la AEAT. No obstante, ello no nos permite aceptarla sin más, pues, si algo demuestran todas estas cuestiones que acabamos de enumerar es que la regularización planteada por la AEAT y modificada por el TEAC resulta tremendamente forzada, pues lleva a unas conclusiones, difíciles de encajar en el sistema tributario español

conforme a los principios de seguridad jurídica y capacidad económica y la propia normativa de los tributos afectados, especialmente la del IRPF.

Si algo prueba esta situación es que la regularización que ha practicado la AEAT y ha sostenido parcialmente el TEAC, nunca debió producirse, porque, como el propio TEAC aclaró en resolución de 8 de octubre de 2019, con ocasión de un canje de valores o una aportación no dineraria especial, nada cambia en el socio persona física como consecuencia de la creación de una sociedad holding, pues considerar la exención por dividendos un beneficio fiscal invalidante del régimen FEAC *«carece de lógica económica, y desde luego, no se puede obligar a los contribuyentes a elegir la opción más gravosa desde el punto de vista impositivo cuando en el fondo nada ha cambiado en su situación patrimonial (tenía los bienes en una sociedad y ahora los tiene en otra).»*