

PLANIFICACIÓN FISCAL DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER DE ASESORÍA FISCAL

Ainhoa Fernández Ruiz

2 de Junio de 2016

Dedicado:

A mi marido e hijos, por comprender y apoyar mi decisión de emprender este máster en asesoría fiscal, a pesar de haber tenido que renunciar en muchas ocasiones a mi atención y presencia como madre y esposa.

A mis padres, que me han liberado en las últimas semanas de mis responsabilidades familiares y domésticas para poder dedicar más tiempo al estudio y elaboración de este trabajo de fin de máster

Espero que os guste

SUMMARY

This Master's dissertation is aimed to address some of the main issues to be considered in international tax planning when undertaking business restructurings within a multinational group of companies. Business restructurings, as a broad concept, involve not only the repositioning of the group legal structure but also the reorganization of internal activities together with the relocation of functions, risks and assets, which in general terms are intended to achieve business efficiencies and tax benefits.

Our case study presents the cross-border acquisition of a Spanish company, after the partial division of one branch of activity, and the subsequent internal operational restructuring. It is critical that tax and legal advisors are involved in the negotiations from the beginning, so that they can together create the optimal framework to accommodate the deals from a wider perspective than the operation itself. Thus, it becomes really important not to focus on isolated deals but to get an overview of the pre- and post-acquisition circumstances, in order to ensure that we perfectly understand the standpoint where we come from and the final result that we want to achieve.

During the resolution of our case study, we will go through the following tax considerations on a practical manner:

- Taxation applicable to business divisions according to the Spanish tax system, which is based on the Directive 2009/133/EC.
- Tax advantages and disadvantages of a share transaction vs. an asset acquisition: legal matters, tax amount calculation, participation exemption regulation, goodwill treatment and tax loss carryforwards.
- Deal financing via capital or debt and limits to interests deductions.
- Tax treatment of interests, dividends and royalties in Spain (NRITA), in the UE (Directive 2011/96/EC and Directive 2014/86/UE) and in the international double taxation treaties.
- Transfer pricing ruling in Spain, comments on the OCDE guidelines and discussion of the main controversial issues: intra-group services, cost sharing agreements and intangible transfers.
- Artificial avoidance of permanent establishment status through commissionaire arrangements.
- Employees' taxation: special tax regimes for inbound and outbound expatriates, exit taxes on changes of tax residence and redundancies.
- Review of applicable BEPS actions to tackle tax avoidance.
- Highlights on anti-avoidance rules in Spain related to the operations described on our example. .
- Overview of court judgements and binding tax rulings relevant to our transactions.

We will finalise the present dissertation pointing out the main conclusions retrieved from the extensive work explained above.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de fin de máster se centra en el análisis de varios elementos de planificación fiscal de las reestructuraciones empresariales en grupos multinacionales, englobando dentro del término “reestructuración empresarial” no sólo la transformación jurídica de las entidades legales a través de procesos de fusión, escisión o cesión global de activos y pasivos, sino también las operaciones de inversión extranjera y la reorganización operativa de las actividades y los recursos empresariales.

El supuesto de hecho plantea la adquisición transnacional de una empresa española, previa escisión de una de sus ramas de actividad, y la posterior reestructuración interna de sus funciones y operaciones internacionales. Plantea la necesidad de analizar la situación previa a las operaciones, las alternativas legales disponibles para llevar a cabo la reestructuración y el resultado final que se quiere obtener.

La planificación fiscal de este proceso global de transformación empresarial es una actividad extremadamente compleja, por cuanto existen multitud de factores fiscales y jurídicos a considerar, especialmente cuando nos movemos en el ámbito internacional, puesto que deberemos atender no sólo a la normativa nacional, sino también a la comunitaria e internacional. Este hecho obliga a que los despachos profesionales de diferentes países deban interactuar para diseñar un cuadro jurídico y fiscal global, donde encajar las transacciones que darán lugar a la reestructuración del grupo de empresas. Idealmente, este marco debe contemplar las circunstancias pre y post operación, de manera que se puedan evaluar todos los riesgos y oportunidades fiscales inherentes a la reestructuración de una forma completa.

Cabe decir que nuestra manera de entender la planificación fiscal nada tiene que ver con proponer prácticas abusivas que eludan el pago de impuestos en el país que corresponde. Partimos de la base que una reestructuración empresarial internacional debe obedecer a motivos económicos válidos, que mejoren la eficiencia y competitividad del grupo empresarial. Pero una vez validados los requisitos anteriores, nuestra tarea es asegurarnos de que se realizan las operaciones de una forma fiscalmente eficiente, es decir, seleccionando las opciones menos gravosas, identificando los regímenes especiales de exención o diferimiento que puedan ser de aplicación, tratando de evitar la doble imposición utilizando los mecanismos a nuestra disposición, valorando correctamente las operaciones y, en definitiva, tributando de acuerdo a la naturaleza comercial y legal de la transacción, ni más ni menos de lo que se debe.

A lo largo del presente trabajo de fin de máster abordaremos los siguientes temas:

- Delimitar el régimen tributario especial de reestructuraciones empresariales en la normativa nacional y comunitaria, abordando tanto la tributación directa (IS e IRPF), como la indirecta (IVA e ITPAJD).

- Estudiar las implicaciones fiscales de los diversos negocios jurídicos existentes para llevar a cabo una adquisición transnacional de empresas: tratamiento del fondo de comercio y transmisión de créditos fiscales
- Proponer alternativas fiscalmente más ventajosas de estructuración de las operaciones propuestas en el supuesto de hecho.
- Analizar las formas de financiación de las adquisiciones de empresas y las normas antiabuso relacionadas.
- Conocer cómo tributan los dividendos, intereses y cánones de grupos de sociedades.
- Consultar y aplicar lo dispuesto en los convenios para evitar la doble imposición internacional.
- Repasar la normativa española actual sobre operaciones vinculadas.
- Identificar las cuestiones conflictivas en la prestación de servicios intragrupo y acuerdos de reparto de costes derivadas de la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas.
- Estudiar los riesgos fiscales de establecimiento permanente relacionado con cambios en los modelos de negocio de las empresas.
- Apreciar el impacto fiscal del movimiento de intangibles y traspaso de funciones en los precios de transferencia.
- Abordar los aspectos principales de la fiscalidad de los trabajadores afectados por la reorganización: impatriados, expatriados y despidos.
- Comprender las normas anti-abuso específicas aplicables a las actividades de nuestro supuesto.
- Poner de manifiesto los asuntos controvertidos en la aplicación de las normas fiscales que afectan a nuestro caso práctico, así como exponer la doctrina de la DGT y de nuestros Tribunales al respecto.
- Comentar el impacto de las acciones propuestas por el Proyecto BEPS de la OCDE en nuestro supuesto práctico.

La mayor dificultad encontrada en la elaboración del trabajo ha sido el desconocimiento previo de la profundidad y complejidad de cada uno de los temas abordados en él. Para su resolución, ha sido esencial revisar no sólo la normativa tributaria de los impuestos nacionales, sino también su interacción con las normas y recomendaciones de fiscalidad internacional emanadas por el Estado español y otros organismos, como la Comisión Europea y la OCDE. En la mayoría de los asuntos tratados han aparecido cuestiones polémicas entorno a la definición de conceptos y establecimiento de requisitos que han debido de ser aclarados por nuestros Tribunales o Tribunales internacionales, o incluso algunos cuya conflictividad está aún por resolver. En consecuencia, hemos consultado innumerables sentencias y resoluciones de la DGT para poder posicionarnos a la hora de resolver las preguntas de los clientes de nuestro supuesto de hecho. En ocasiones, también nos ha resultado laborioso y desbordante recopilar y sintetizar la gran cantidad de información disponible al respecto de los temas tratados tanto en libros, como en obras doctrinales, artículos, sentencias, consultas, etc. Por último, hemos encontrado que, en algunos casos, la aplicación práctica de las normas fiscales a la realidad

económica ha sido compleja, por su subjetividad y dificultad técnica, requiriendo conocimientos no sólo fiscales sino también contables, financieros, legales y laborales.

PLANTEAMIENTO DEL SUPUESTO DE HECHO

La empresa americana tecnológica SOFTEC Corporation, con sede central en San Francisco (California, EEUU), se dedica a la fabricación y distribución de software de gestión de datos a nivel mundial desde el año 1995. Para ello, ha desarrollado un producto integral de software de integración y calidad de datos, llamado MAXDATA®, cuya propiedad intelectual ostenta, y cuenta con una red de filiales y distribuidores en Latinoamérica, Europa y Asia, que lo comercializan a cambio del pago de royalties a la casa matriz, siguiendo la misma lista de precios que la utilizada para los distribuidores externos, partners y otros colaboradores. Dentro del territorio europeo, SOFTEC Corporation tiene presencia directa en Francia, Alemania, Holanda e Inglaterra.

Como parte de su plan de crecimiento y expansión internacional, desea adquirir una empresa fabricante y distribuidor de software de Big Data en España, llamada CONTDATA, S.L., constituida el 20 de marzo de 2002 por dos socios personas físicas al 50% cada uno: el Sr. Robles, residente fiscal en España y la Sra. Dupont, residente fiscal en Francia, y que en la actualidad siguen manteniendo la titularidad. La empresa española tiene presencia local a través de filiales participadas al 100% en varios países del sur de Europa: Portugal, Italia y Francia. De hecho, el Sr. Robles se encarga de la dirección general de Iberia: España y Portugal, mientras que la Sra. Dupont dirige las operaciones en Francia e Italia. A través de esta adquisición, SOFTEC Corporation aumentará su portafolio de productos así como logrará introducir su propio producto en el mercado español, italiano y portugués donde aún no operaba ni tenía presencia directa.

La empresa española, cabecera del grupo, cuenta con un equipo de I+D que desarrolla el software, llamado GLOBALIA® y posee los derechos de propiedad intelectual sobre el mismo. Las empresas filiales pagan cánones a la matriz por la venta de su producto. CONTDATA, S.L. cobra un 60% del precio de venta al cliente final en concepto de cánones a sus empresas filiales.

Además de la venta de software, CONTDATA, S.L. presta servicios profesionales de consultoría informática, siendo ambas dos líneas de negocio diferenciadas con recursos materiales y personales específicos para cada una de ellas. Sin embargo, la empresa americana SOFTEC Corporation, siendo una organización eminentemente de software, no tiene interés alguno en adquirir la rama de actividad de consultoría, por lo que la venta de esta línea de negocio o la escisión parcial previa de CONTDATA, S.L. es un requisito previo a la adquisición. De esta manera, el Sr. Robles y la Sra. Dupont constituyen una empresa de nueva creación, TECHCON, S.L. donde acoger y continuar el negocio de consultoría informática. De los 323 empleados que tiene CONTDATA, S.L. en territorio español, 184 pertenecen a la rama de actividad de consultoría informática, por lo que estos trabajadores serán trasladados junto con otros elementos patrimoniales a TECHCON, S.L..

Es importante saber a la hora de analizar las posibles estructuras de estas operaciones, que sólo SOFTEC Corporation será propietaria del negocio de software y sólo los socios personas físicas serán

propietarios de la unidad económica de prestación de servicios profesionales de consultoría informática. No hay interés mutuo alguno en guardar vinculación participacional en los diferentes negocios.

A continuación se presenta el Balance de Situación de CONTDATA, S.L. a fecha 31 de Agosto de 2015, fecha de cierre de la operación de adquisición de la misma. La empresa CONTDATA, S.L. lleva una contabilidad ajustada a la normativa fiscal por lo que no son necesarios ajustes adicionales para la valoración de los elementos patrimoniales que figuran en Balance.

BALACE DE SITUACIÓN DE CONTDATA, S.L. A 31 de Agosto de 2015			
ACTIVO	SALDO	PATRIMONIO NETO Y PASIVO	SALDO
A) ACTIVO NO CORRIENTE	7.721.327	A) PATRIMONIO NETO	7.996.330
<u>I. Inmovilizado Intangible</u>	<u>4.271.345</u>	<i>A-1) Fondos Propios</i>	<i>7.196.330</i>
Derechos de propiedad intelectual	3.525.000	<u>I. Capital</u>	<u>1.500.000</u>
Aplicaciones informáticas	746.345	1. Capital escriturado	1.500.000
<u>II. Inmovilizado Material</u>	<u>2.052.002</u>	<u>III. Reservas</u>	<u>5.476.250</u>
Instalaciones	528.900	1. Legal y estatutaria	150.000
Mobiliario	387.632	2. Otras reservas	5.326.250
Equipos informáticos	1.135.470	<u>V. Resultados de ejercicios anteriores</u>	<u>-1.307.120</u>
<u>IV. Inversiones en empresas del grupo a largo plazo</u>	<u>1.071.200</u>	2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores)	-1.307.120
1. Instrumentos de patrimonio	75.000	<u>VII. Resultado del ejercicio</u>	<u>1.527.200</u>
2. Créditos a empresas	996.200	<i>A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos</i>	<i>800.000</i>
<u>VI. Activos por impuesto diferido</u>	<u>326.780</u>	B) PASIVO NO CORRIENTE	2.264.500
B) ACTIVO CORRIENTE	6.971.828	<u>II. Deudas a largo plazo</u>	<u>2.264.500</u>
<u>III. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar</u>	<u>5.538.611</u>	2. Deudas con entidades de crédito	2.264.500
1. Clientes por ventas y prestaciones de servicios	3.664.320	C) PASIVO CORRIENTE	4.432.325
2. Clientes, empresas del grupo y asociadas	1.874.291	<u>III. Deudas a corto plazo</u>	<u>323.500</u>
<u>V. Inversiones financieras a corto plazo</u>	<u>50.000</u>	2. Deudas con entidades de crédito	323.500
5. Otros activos financieros	50.000	<u>V. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar</u>	<u>3.685.261</u>
<u>VI. Periodificaciones a corto plazo</u>	<u>18.330</u>	1. Proveedores	645.320
Gastos anticipados	18.330	2. Proveedores, empresas del grupo y asociadas	102.223
<u>VII. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes</u>	<u>1.364.887</u>	3. Acreedores varios	48.602
1. Tesorería	1.364.887	4. Personal	1.435.776
		5. Pasivos por impuesto corriente	381.800
		6. Otras deudas con las Administraciones Públicas	1.071.540
		<u>VI. Periodificaciones a corto plazo</u>	<u>423.564</u>
		Ingresos diferidos	423.564
TOTAL ACTIVO (A+B)	14.693.155	TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A+B+C)	14.693.155

El importe de 326.780 € del epígrafe “Activos por impuesto diferido corriente” corresponde al crédito fiscal originado por bases imponibles negativas de ejercicios anteriores. El capital social está compuesto por 15.000 participaciones de 100 € cada una. Los instrumentos de patrimonio por valor de 75.000 € son las participaciones en las empresas del grupo en Italia, Francia y Portugal. La subvención está exclusivamente relacionada con la actividad de venta de software, por tratarse de ayuda a la I+D para el desarrollo y mejora del mismo.

Tras la due diligence económico-financiera y fiscal y la estimación de flujos futuros, se acuerda que el valor del grupo CONTDATA, sólo por la rama de actividad de venta de software, asciende a 20 millones de euros, de los cuales 14 millones se pagarán el mismo día del cierre de la operación mediante transferencia bancaria y los 6 millones restantes se pagarán en los próximos tres años de acuerdo a los objetivos de volumen de ventas siguientes y su grado de consecución:

Ejercicio	Volumen Ventas	Precio	Grado de Consecución			
			<75%	75%-90%	91%-99%	=>100%
2016	47 M €	2.000.000	0%	50%	75%	100%
2017	55 M €	2.000.000	0%	45%	65%	100%
2018	70 M €	2.000.000	0%	40%	60%	100%

El Volumen de Ventas se refiere a las ventas netas del software propio de CONTDATA (GLOBALIA®) a nivel mundial. Vemos que las cifras referidas resultarán ser las siguientes: 40 M € en el 2016, 50 M € en el 2017 y 51 M € en el 2018.

El negocio de consultoría informática se valora por 4 M de euros adicionales.

En una primera fase tras la adquisición de la empresa española, es fundamental que se integren ambos negocios en uno solo, se adopten las políticas y procedimientos de la casa matriz americana y se alineen las estrategias, valores y misión de ambas compañías. Para ello, SOFTEC Corporation decide expatriar a España durante 3 años a dos empleados suyos: una ejecutiva de ventas, la Sra. Taylor, y un técnico superior de producto, el Sr. Thompson, para que la primera pase a llevar la dirección general del grupo CONTDATA y el segundo imparta formación técnica y de ventas del producto americano MAXDATA®, así como ofrezca apoyo técnico a los comerciales en sus operaciones de ventas. Las retribuciones económicas y en especie pactadas con los mismos se reflejan en el cuadro de abajo y su fecha de traslado definitiva será el 1 de octubre de 2015.

Concepto retributivo	Sra. Taylor	Sr. Thompson
Salario fijo anual	550.000	275.000
Salario variable anual	350.000	150.000
Costes del traslado en el 2015	10.000	7.500
Coche de empresa en renting (valor del coche nuevo)	55.000	40.000
Alquiler anual de la residencia habitual	36.000	24.000
Cuota anual colegio internacional hijos	18.000	18.000
Bonus de expatriación anual	130.000	90.000

A su vez, al Sr. Robles le proponen que, con efectos desde el 1 de Enero de 2016, traslade su residencia de manera permanente a EEUU para encargarse del área de ventas a nivel internacional del producto GLOBALIA®, del que es experto. SOFTEC Corporation sería su nuevo empleador y el que le pagaría sus retribuciones en EE.UU. Asimismo, varios técnicos de preventa deberán visitar regularmente las diferentes filiales europeas para dar formación y apoyo técnico del producto español GLOBALIA® a sus nuevos colegas de SOFTEC, de manera que las filiales sean autónomas para la venta de este producto en sus regiones.

En una segunda fase, durante el ejercicio 2016, SOFTEC Corporation pretende abordar una reestructuración interna de sus actividades empresariales para dotar de mayor eficiencia y rentabilidad a la gestión de sus recursos, así como para maximizar el ahorro fiscal. Para ello, pretende crear una sede europea en Irlanda, SOFTEC Ireland Holding, desde la que daría servicio a la mayor parte de países europeos y donde se podría beneficiar de una mejor fiscalidad, siguiendo la tendencia de las mayores multinacionales del momento. La idea principal es centralizar en Irlanda la tenencia de los derechos de propiedad intelectual sobre el software, así como las funciones de I+D, Desarrollo de Negocio, Finanzas, Proceso de órdenes de compra y envíos de producto, RRHH y Soporte técnico al Cliente, quedando en las filiales locales exclusivamente los departamentos de Ventas, Preventas, Alianzas, Marketing y Legal. Asimismo, en la sede europea de Irlanda se ubicarían los Directores europeos de todos los departamentos mencionados, que coordinarían las actividades para esa región con los responsables locales de cada filial.

En primer lugar, todas las filiales europeas deberían depender de SOFTEC Ireland Holding, por lo que se debe reestructurar la propiedad de las acciones y participaciones. En segundo lugar, se deben traspasar los derechos de propiedad intelectual de MAXDATA® y GLOBALIA® a la nueva sociedad irlandesa. Finalmente, esta reorganización empresarial conllevará sin duda un gran esfuerzo de RRHH, que deberá reubicar a muchos empleados de los departamentos que se centralizan al nuevo centro en Irlanda, ofrecer incentivos de permanencia a aquéllos que son clave para la compañía y,

lamentablemente, despedir puestos redundantes o empleados que no acepten el traslado a la sede europea en Irlanda.

Una vez llevada a cabo la reestructuración empresarial descrita, en el ejercicio 2016 se realizan las siguientes operaciones intragrupo, respaldadas por los contratos legales pertinentes:

- a) SOFTEC Ireland Holding adquiere los derechos de propiedad intelectual de GLOBALIA® a CONTDATA, S.L. por importe de 5 millones de euros.
- b) SOFTEC Ireland Holding cobrará a las filiales locales en concepto de cánones el 55% sobre el precio final de venta al cliente.
- c) La empresa matriz europea y las filiales locales firman un acuerdo de reparto de costes de I+D sobre el software. Cada filial pagará 1 millón de euros anuales a SOFTEC Ireland Holding.
- d) SOFTEC Ireland Holding presta 2 millones de euros a CONTDATA, S.L. para adquirir y acondicionar a la nueva imagen del grupo una nueva sede donde llevará a cabo sus actividades económicas. El préstamo se concede el 01/01/2016 a un tipo de interés del 8% anual y el plazo de devolución es de 5 años.
- e) SOFTEC Ireland Holding facturará trimestralmente "Management fees" por los servicios que prestan los Directores de cada Departamento a las filiales locales en proporción a los ingresos que éstas registren en el período.

Asimismo, se está planteando cambiar el modelo de negocio del grupo concertando contratos de agencia con las filiales europeas, de manera que SOFTEC Ireland Holding actúe de principal y las filiales de comisionistas. De esta forma, SOFTEC Ireland Holding facturaría directamente a los clientes europeos y las filiales cobrarían una comisión por sus actividades de venta, eliminando el cobro de cánones.

Información adicional: CONTDATA, S.L. se considera una gran empresa según la normativa fiscal y le es de aplicación el régimen fiscal estatal. Suponemos que la actual normativa tributaria permanece inalterable para el año 2017 y 2018, por lo que aplicaremos la misma a estos dos ejercicios.

Compradores y vendedores contratan un despacho internacional de asesoría jurídica y fiscal para que les ayuden a materializar las operaciones descritas arriba con el menor impacto fiscal posible y maximizando el ahorro fiscal del grupo resultante. Las preguntas que el despacho internacional nos plantea en cuanto a la fiscalidad española y comunitaria son las siguientes:

1º Forma jurídica y fiscalidad de la operación de separación de las ramas de actividad de venta de software y consultoría informática de CONTDATA, S.L.

2º Forma jurídica más adecuada que minimice el impacto fiscal de la compra-venta de CONTDATA, S.L., por parte de la empresa americana SOFTEC Corporation.

3º Financiación de la operación: Capital vs Endeudamiento y limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros.

4º Tributación de intereses, cánones y dividendos en España, la UE y los CDI's.

5º Valoración de las operaciones vinculadas entre las empresas del grupo y sus implicaciones fiscales:

a) Normativa española sobre precios de transferencia.

b) Valoración desde un punto de vista fiscal de las operaciones intragrupo de préstamo y “management fees” realizadas entre SOFTEC Ireland Holding y CONTDATA, S.L.

c) Consideraciones fiscales de la venta de la propiedad intelectual de CONTDATA (escindida), S.L. a SOFTEC Ireland Holding, del acuerdo de reparto de costes de I+D y de los cobros por cánones de Irlanda a España por comercializar el software en este último país.

d) Valoración del posible cambio del modelo de negocio: de filiales distribuidoras a comisionistas.

6º Fiscalidad de los trabajadores desplazados y de los despidos.

RESOLUCIÓN

1º Forma jurídica y fiscalidad de la operación de separación de las ramas de actividad de venta de software y consultoría informática de CONTDATA, S.L..

El traspaso del negocio de consultoría informática de CONTDATA, S.L. a TECHCON, S.L., previo a la adquisición de CONTDATA, S.L. por parte de SOFTEC Corporation convendría realizarlo como una escisión, operación que se encuadra dentro del régimen especial de 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, previsto en el Título VII, Capítulo VII, artículos 76 al 89 de la LIS.

Este régimen fiscal especial se basa en el principio de neutralidad fiscal permitiendo el diferimiento en la tributación de las rentas que se ponen de manifiesto en la transmisión de los bienes y derechos que tiene lugar en este tipo de operaciones de reestructuración hasta el momento en que efectivamente se enajenen a terceros. Esta neutralidad fiscal aplica tanto a la entidad/personas transmitentes como a las adquirentes o beneficiarias. Del mismo modo, se prevé este mismo tratamiento fiscal en otros impuestos como el IRPF, ITPAJD, IVA, IIVTNU e IAE.

En el marco comunitario, la Directiva 2009/133/CE del Consejo (que deroga la antigua Directiva 90/434/CEE), regula un régimen fiscal común para las operaciones de reestructuración realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros. Nuestra normativa nacional respeta los principios fundamentales de la Directiva comunitaria e incluso ha ido más allá al contemplar un abanico más amplio de operaciones.

En el ámbito mercantil, la escisión de entidades viene regulada por lo establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (artículos 68-80 LMESM).

“Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria” (art. 70 LMESM).

Por su lado, el artículo 76.2.1º de la LIS considera de forma consistente con lo anterior que existe una escisión cuando una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y reservas en

la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

Nuestro caso puede encuadrarse dentro de este supuesto de escisión parcial por cuanto es perfectamente demostrable la existencia de dos negocios diferenciados que se segregan, permaneciendo la venta de software en la sociedad escindida CONTDATA, S.L. y la consultoría informática en la empresa de nueva creación TECHCON, S.L..

Los conceptos de “proporcionalidad” y “rama de actividad” han sido objeto de mucha controversia y litigiosidad al haber sido dos argumentos frecuentemente utilizados tanto por la Inspección como en resoluciones del TEAC para denegar la aplicación de este régimen especial de reestructuraciones en el caso de escisiones totales y parciales.

Como ejemplo del primer caso, podemos tomar la resolución del TEAC de 12 de mayo de 2009 que dice que: “(...) es un requisito de la escisión, tanto a efectos mercantiles (art. 252 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) como fiscales, el que se guarde la debida proporción en la atribución a los socios de las acciones de las sociedades adquirentes, en relación con la participación que tenían en la escindida. Este respeto a la proporcionalidad es un requisito inexcusable para la aplicación del régimen fiscal especial. En el presente supuesto, de acuerdo con el proyecto de escisión y en la escritura pública de escisión, no se respeta la regla de proporcionalidad cualitativa, puesto que la atribución de acciones es distinta a la inicial”. Sin embargo, tal y como señala el autor Calvo Vérguez, J.¹, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 16 de febrero de 2011 concluye que “dicha proporcionalidad sólo se exige respecto a las escisiones totales y no a las parciales. Y, siendo el requisito de la proporcionalidad común a la normativa societaria y a la fiscal, la calificación del Registrador Mercantil ha de vincular a la Administración tributaria”. Literalmente la mencionada Sentencia resuelve: “(...) la proporcionalidad (...) en modo alguno impone que, tratándose de una escisión parcial (...) las participaciones de cada uno de los socios en ambas sociedades, la escindida y la resultante de la escisión parcial, deban reproducir simétricamente el porcentaje de todos los socios en una y otra, pues tal es una exigencia que no deriva de una interpretación razonable de la ley, sin perjuicio de que esa interpretación de la norma dejaría al margen del régimen de neutralidad supuestos (...) perfectamente válidos, lícitos y conformes con las exigencias o conveniencias de un mercado libre, como es la asignación a uno solo o a varios socios de la totalidad de las participaciones de la escindida, siempre que se mantenga constante la proporcionalidad a que se refiere el art. 97 LIS, que no se refiere a esa simetría, sino solamente al valor o proporción de las participaciones de los socios antes y después de la escisión”.

¹ Calvo Vérguez, J. (2011). "Fusiones y escisiones en el Impuesto sobre Sociedades: cuestiones conflictivas" publicado en Carta Tributaria. Monografías (núm. 18)

Actualmente, en los casos de una escisión total, a pesar de que no se respete la atribución proporcional de valores representativos del capital social de las nuevas empresas a la cuota que los socios mantenían en la sociedad original, nos podremos acoger al régimen especial siempre que los patrimonios adquiridos constituyan una rama de actividad (V0306-15), tal y como prevé el artículo 76.2.2º de la LIS.

La operación de escisión parcial en nuestro supuesto práctico no corre tal riesgo por cuanto se trata de una escisión parcial en la que los dos socios personas físicas recibirán en la misma proporción tanto cualitativa como cuantitativa las participaciones sociales en la nueva entidad, es decir, el 50% cada uno.

En cuanto al concepto de “rama de actividad”, el apartado cuarto del artículo 76.2.1º de la LIS lo define como: “el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”.

La consulta vinculante V0306-15 resume y aclara los principales puntos controvertidos en relación a la definición de “rama de actividad”: “Debe tenerse en cuenta que el concepto de “rama de actividad” no es un concepto acuñado autónomamente por el legislador español, sino que se deriva de la trasposición de 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 SE o una SCE de un Estado miembro a otro. En este sentido la letra j) del artículo 2 de la referida Directiva considera “rama de actividad” el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.

Por tanto, una interpretación razonable y acorde con los principios y conceptos reconocidos en la Directiva 2009/133/CE respecto del concepto de “rama de actividad” requiere analizar, caso por caso, la posible existencia de un conjunto patrimonial susceptible de funcionar por sus propios medios, perfectamente identificado en sede de la entidad transmitente y que, desde el punto de vista organizativo, constituya una explotación autónoma.

En definitiva, es requisito que los patrimonios escindidos constituyan por sí mismos una o varias ramas de actividad en el sentido mencionado, es decir, que exista una organización de medios materiales y personales diferenciados para cada actividad en sede de la entidad escindida con anterioridad a la realización de la operación.”

Ya consultas vinculantes previas (V2587-09 y V2442-08), Resoluciones del TEAC (5 de Febrero de 2015), así como sólida jurisprudencia (SAN de 2 de Enero de 2015, STS de 20 de Julio de 2014, de 21

de Junio de 2010 y de 29 de Octubre de 2009) han reconocido la necesidad de este último requisito, a saber, que para que una escisión parcial de rama de actividad pueda acogerse al régimen fiscal especial de diferimiento, el conjunto de elementos transmitidos debe constituir rama de actividad en sede de la transmitente, de manera que puedan ser identificados como "afectos" y "necesarios" para el desarrollo de la actividad económica en cuestión.

En el supuesto concreto planteado, CONTDATA, S.L., la entidad a escindir, desarrolla dos actividades consistentes en la venta de software y prestación de servicios profesionales de consultoría informática, y ambas cuentan en la entidad transmitente con los medios materiales y personales necesarios para llevar a cabo dichas actividades. Por tanto, en este sentido también podemos estar tranquilos porque nuestra operación calificaría para acogerse al régimen especial.

Sin embargo, nos encontramos con que el artículo 89.2 de la LIS (art. 15 de la Directiva fiscal de fusiones) podría ser un obstáculo en nuestro caso, de manera que la Administración tributaria podría cuestionarnos si nuestras motivaciones económicas fueron válidas o no y, si concluye que no, hacernos tributar por la ganancia patrimonial. El mencionado artículo 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".

Casos similares a nuestro supuesto práctico se han tratado en las consultas V1358-07 y V1457-07, donde la DGT ha concluido que separar las distintas ramas de actividad de una empresa con el objetivo único de vender una de ellas no responde a una verdadera racionalización o reestructuración empresarial sino que lo único que se pretende es conseguir una ventaja fiscal eludiendo el pago de la plusvalía por el Impuesto de Sociedades que tendría lugar si se vendiera directamente la rama de actividad al tercero, por lo que, en definitiva, la operación no puede acogerse al régimen fiscal especial.

Nuestro parecer es frontalmente contrario a la Administración tributaria pues consideramos perfectamente válido como motivo económico el objetivo de querer vender una rama de actividad como razón de ser de una escisión previa. No vemos fraude o evasión fiscal en el acuerdo entre dos sociedades independientes, que pactan un precio de mercado para un negocio, bajo el requisito previo de separar el otro. Es seguro que las partes intervinientes tienen sus planes estratégicos que les lleva a formalizar estas operaciones y que tienen como objetivo unos mayores beneficios para la actividad empresarial. Para SOFTEC Corporation, como ya hemos comentado, introducir sus productos en el mercado español, portugués e italiano, ampliar su cartera de productos, expandirse geográficamente, aumentar cuota de mercado, crear sinergias en la combinación de sus productos de software estrella, etc. Para CONTDATA, S.L., una vez escindida, podemos aplicar los mismos beneficios empresariales que para SOFTEC Corporation, además de formar parte de un grupo multinacional más potente y con

mejor posicionamiento en el mercado, mejorar su capacidad de negociación frente a terceros, obtener mejores condiciones de financiación al formar parte de un grupo más sólido, etc. Para los socios y TECHCON, S.L., especializarse en el negocio de la consultoría informática, ser percibida como empresa consultora independiente, implementar y ofrecer diferentes soluciones informáticas pasando por programas de software que nada tienen que ver con MAXDATA® y GLOBALIA®, de manera que se puede llegar a vender a más clientes al afrontar problemáticas más diversas, etc.

Esto son hechos económicos que corresponden plenamente a una reestructuración empresarial y que en la práctica ocurre con frecuencia, y en ninguno de ellos subyace el ánimo de evasión o fraude fiscal. No se trata de simular negocios jurídicos inexistentes para conseguir la ventaja fiscal del diferimiento, sino que el negocio es real. El hecho de que la separación de las ramas de actividad se podría materializar a través de otra estructura jurídica fiscalmente más gravosa para el contribuyente no es óbice para que un negocio jurídico perfectamente válido no pueda llevarse a cabo y disfrutar de una venta fiscal que la propia normativa concede. Sin duda, a nuestro parecer, la escisión parcial y posterior venta de una rama de actividad cuando corresponda a una operación económica real entre sociedades debería poder acogerse al régimen fiscal especial de las reestructuraciones empresariales.

Y un poco en esta misma línea parece que va encaminada la posición de la Audiencia Nacional en sus Sentencias del 16 de febrero y 9 de marzo de 2011², cuando en su Fundamento Jurídico Octavo manifiesta su preocupación por la creciente tendencia de la Administración a abusar de las cláusulas antifraude, concebidas para combatir situaciones de elusión fiscal mediante la utilización de formas jurídicas desacostumbradas o manifiestamente inidóneas para el fin económico teóricamente perseguido, mientras que su uso debería ser excepcional, “sin que sea precisa una prueba plena, bastando que el contribuyente alegue de forma razonable la existencia de motivos económicos válidos que, por principio, deben presumirse en todo negocio celebrado al amparo de la libertad de pactos”. Y es que, además, en el asunto enjuiciado la Inspección no calificó en momento alguno los negocios jurídicos realizados por la recurrente como “anómalos, indirectos, simulados o fraudulentos” ni tampoco argumentó que no existiera en ellos “concordancia entre lo querido y lo formalmente exteriorizado”, por lo que difícilmente “se puede sostener que la idea o propósito predominante sea la finalidad de fraude o evasión fiscal”. La Inspección identifica en sus argumentos el beneficio fiscal con la presunción de fraude al considerar que si se hubiesen utilizado otras formas jurídicas, se habría tributado más, pero a juicio de la Audiencia Nacional, “en modo alguno es razón para desacreditar el negocio jurídico llevado a cabo y, menos aún, para privarle de sus consecuencias propias, incluido el terreno fiscal”. La Audiencia Nacional no comparte este principio de la DGT “de mayor gravamen o de economía de opción inversa” por cuanto atenta contra el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y la libertad

² Sentencias comentadas en "Fusiones y escisiones en el Impuesto sobre Sociedades: cuestiones conflictivas". Calvo Vérguez, J. (2011). Carta Tributaria. Monografías (núm. 18).

de empresa (art. 38 CE) y añade que: “Bajo esa teoría, bastaría con que un negocio lícito, válido, querido por las partes y celebrado con total ausencia de violencia sobre las formas jurídicas, puede conducir a la privación del régimen de diferimiento en las operaciones societarias, es de repetir que con total independencia de la licitud del negocio jurídico celebrado, siempre que sea posible hallar una alternativa igualmente válida pero más gravosa para el contribuyente”.

A pesar de ello, la DGT no parece que haya modificado sustancialmente su criterio y en sus contestaciones a consultas vinculantes recientes sigue asimilando la obtención de beneficio fiscal con la presunción de fraude, aceptando la aplicación del mismo sólo cuando no existan otras opciones más gravosas para el contribuyente. No se puede decir de una forma más clara que en la consulta V3773-15: “siempre que la mencionada transmisión conlleve una ventaja fiscal derivada de una menor tributación de la plusvalía generada en la transmisión de las participaciones por parte de los socios, en relación con la transmisión directa de la actividad, no existirían motivos económicos válidos a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS. No obstante, en el escrito de la consulta se afirma que no existe ninguna ventaja de tipo fiscal en la operación planteada sino más bien genera coste fiscal. De ser cierta dicha manifestación la operación de escisión parcial no se realizaría con la finalidad principal de obtener una reducción en la tributación de la venta de las participaciones de la entidad beneficiaria de la escisión, por lo que la operación podría acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS”.

Lo que la DGT está diciendo cuatro años más tarde es exactamente lo que la Audiencia Nacional calificó de inaceptable en las Sentencias discutidas anteriormente. Si se tributa menos, no existen motivos económicos válidos y se presume el fraude. Si de la misma operación resulta una tributación igual o superior, entonces las intenciones son buenas y aplica el régimen especial. A nuestro parecer, es del todo incongruente.

En definitiva, para nuestro supuesto práctico, nuestro consejo es consultar previamente a la Administración tributaria sobre la operación que queremos llevar a cabo y trabajar concienzudamente en ofrecer unas razones sólidas en las que sustentar la misma, que no sea únicamente la intención de vender posteriormente la empresa escindida. Siendo éste el caso, como hemos visto, tendríamos muchas probabilidades de que nos revisaran la operación y nos eliminaran el beneficio fiscal derivado del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LIS.

El Balance de Situación de CONDATA, S.L. a efectos de la escisión, tras la distribución de los activos y pasivos acordada por los compradores y los vendedores es el siguiente:

BALACE DE SITUACIÓN DE CONTDATA, S.L. A 31 de Agosto de 2015					
ACTIVO	SOFTWARE	CONSULTORÍA	PATRIMONIO NETO Y PASIVO	SOFTWARE	CONSULTORÍA
A) ACTIVO NO CORRIENTE	6.855.918	865.409	A) PATRIMONIO NETO	6.937.265	1.059.065
<u>I. Inmovilizado Intangible</u>	<u>4.022.563</u>	<u>248.782</u>	<i>A-1) Fondos Propios</i>	<u>6.137.265</u>	<u>1.059.065</u>
Derechos de propiedad intelectual	3.525.000	0	<u>I. Capital</u>	<u>1.500.000</u>	<u>1.059.065</u>
Aplicaciones informáticas	497.563	248.782	1. Capital escriturado	1.500.000	1.059.065
<u>II. Inmovilizado Material</u>	<u>1.544.301</u>	<u>507.701</u>	<u>III. Reservas</u>	<u>4.417.185</u>	<u>0</u>
Instalaciones	528.900	0	1. Legal y estatutaria	150.000	
Mobiliario	258.421	129.211	2. Otras reservas	4.267.185	
Equipos informáticos	756.980	378.490	<u>V. Resultados de ejercicios anteriores</u>	<u>-1.307.120</u>	<u>0</u>
<u>IV. Inversiones en empresas del grupo a largo plazo</u>	<u>1.071.200</u>	<u>0</u>	2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores)	-1.307.120	
1. Instrumentos de patrimonio	75.000	0	<u>VII. Resultado del ejercicio</u>	<u>1.527.200</u>	
2. Créditos a empresas	996.200	0	<i>A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos</i>	<u>800.000</u>	<u>0</u>
<u>VI. Activos por impuesto diferido</u>	<u>217.853</u>	<u>108.927</u>	B) PASIVO NO CORRIENTE	1.811.600	452.900
B) ACTIVO CORRIENTE	4.614.552	2.357.276	<u>II. Deudas a largo plazo</u>	<u>1.811.600</u>	<u>452.900</u>
<u>III. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar</u>	<u>3.692.407</u>	<u>1.846.204</u>	2. Deudas con entidades de crédito	1.811.600	452.900
1. Clientes por ventas y prestaciones de servicios	2.442.880	1.221.440	C) PASIVO CORRIENTE	2.721.605	1.710.720
2. Clientes, empresas del grupo y asociadas	1.249.527	624.764	<u>III. Deudas a corto plazo</u>	<u>258.800</u>	<u>64.700</u>
<u>V. Inversiones financieras a corto plazo</u>	<u>0</u>	<u>50.000</u>	2. Deudas con entidades de crédito	258.800	64.700
5. Otros activos financieros	0	50.000	<u>V. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar</u>	<u>2.462.805</u>	<u>1.222.456</u>
<u>VI. Periodificaciones a corto plazo</u>	<u>12.220</u>	<u>6.110</u>	1. Proveedores	483.990	161.330
Gastos anticipados	12.220	6.110	2. Proveedores, empresas del grupo y asociadas	76.667	25.556
VII. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes	<u>909.925</u>	<u>454.962</u>	3. Acreedores varios	0	48.602
1. Tesorería	909.925	454.962	4. Personal	933.254	502.522
			5. Pasivos por impuesto corriente	254.533	127.267
			6. Otras deudas con las Administraciones Públicas	714.360	357.180
			<u>VI. Periodificaciones a corto plazo</u>	<u>0</u>	<u>423.564</u>
			Ingresos diferidos	0	423.564
TOTAL ACTIVO (A+B)	11.470.470	3.222.685	TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A+B+C)	11.470.470	3.222.685

TECHCON, S.L. ha adquirido un patrimonio neto de 1.059.065 €, por lo que debe emitir participaciones por ese valor para constituir el capital social. Suponemos que se emiten 1.060 participaciones por valor de 100 € cada una. CONTDATA, S.L. recibirá a cambio de los elementos patrimoniales que transfiere estos valores representativos del capital social de TECHCON, S.L. y los atribuirá al Sr. Robles y a la Sra. Dupont al 50%, es decir, 530 participaciones a cada uno. Además, CONTDATA, S.L. ha reducido, como vemos en Balance, la cuantía de sus reservas por el mismo importe, es decir, 1.059.065 €.

El enunciado nos dice que el negocio de consultoría se valoró por 4 millones de euros, por lo que la plusvalía que se genera por la transmisión es de $4.000.000 \text{ €} - 1.059.065 \text{ €} = 2.940.935 \text{ €}$, que de no ser por la aplicación del régimen especial de diferimiento (art. 77.1.a) LIS), tributaría en sede de la sociedad escindida en el ejercicio 2015 al 28% (DT 34ª LIS) = 823.462 € (art. 17.5 LIS)³.

Ahora bien, como es lógico, los bienes y derechos adquiridos por TECHCON, S.L. relativos a la rama de consultoría informática deben valorarse a efectos fiscales por el mismo valor fiscal que tenían en CONTDATA, S.L (art. 78.1 LIS). En nuestro caso, se trata de los valores que aparecen en el Balance escindido, que hemos mostrado arriba, al coincidir los valores fiscales con los contables, tal y como dice el enunciado.

El Sr. Robles y la Sra. Dupont tampoco integrarán en su base imponible del IRPF y del IRNR, respectivamente, la renta generada con ocasión de la atribución de las participaciones de TECHCON, S.L. pero deben mantener el valor fiscal, calculado según la normativa del tributo correspondiente, y la fecha de adquisición de las participaciones entregadas a cambio (art. 81 LIS). En caso de que no aplicara el régimen especial, los socios contribuyentes del IRPF y del IRNR deberán integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de adquisición de las participaciones entregadas y el valor de mercado de las recibidas (art. 37.1.e) LIRPF y art. 24.4 IRNR)⁴.

No obstante, en nuestro supuesto práctico nos encontramos con la peculiaridad de que la empresa escindida no ha reducido capital social, sino únicamente sus reservas, de modo que sus socios no han podido entregar valores representativos del capital social de la entidad escindida a cambio de los mismos valores de la entidad beneficiaria.

Sobre este supuesto no contemplado específicamente en la normativa fiscal trata el artículo: "Fiscalidad de las alteraciones patrimoniales que derivan de la escisión de Sociedades" del autor Domínguez

³ Art. 77.1 LIS: No se integrarán en la base imponible las siguientes rentas derivadas de las operaciones a que se refiere el artículo anterior: a) Las que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados.

Art. 17.5 LIS: 5. En los supuestos previstos en las letras a), b), c) y d) del apartado anterior, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal.

⁴ Nótese que el artículo 13 del convenio para evitar la doble imposición firmado entre España y Francia permite que España pueda gravar las ganancias de capital que la Sra. Dupont obtiene por la enajenación de sus participaciones en CONTDATA, S.L., por ser ésta una sociedad residente en estado español y ostentar la transmitente una participación sustancial en la misma (más del 25% del capital social). Es por esto que la Sra. Dupont, tributaría por estas rentas en el IRNR, según su normativa específica, de no ser de aplicación el régimen especial de diferimiento. Además, en este mismo artículo se otorga únicamente a España la facultad de someter a tributación la ganancia patrimonial que se derive de una posterior venta de las participaciones que la Sra. Dupont recibe de TECHCON, S.L. como consecuencia de la escisión parcial, cuando esta operación se hubiera sometido al régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales y, por tanto, la tributación inicial se hubiera diferido. La diferencia es que, en el primer caso, Francia también puede gravar la ganancia patrimonial obtenida, aplicando como es obvio los mecanismos previstos en el convenio para evitar la doble imposición internacional; mientras que en el segundo caso, Francia no podría someter a gravamen dichas rentas, pues sólo se faculta a España para ello.

Rodicio, J. R. y publicado en la Revista Impuestos (núm. 10). En el documento se analiza el caso de la escisión parcial de cartera cuando no hay reducción de capital. Según concluye el autor, “lo que se pone de manifiesto es que se trata de un supuesto legal, que no responde a artificiosidad alguna en caso de optar por esta alternativa en el procedimiento escisorio, pero que sí carece de regulación mercantil y fiscal específicas, dando lugar a sendas lagunas legales que, con mejor o peor acierto, los analistas tratan de solucionar con criterios basados en lo razonable o, si se prefiere, en el sentido común”.

Ante la laguna legal existente en relación al valor fiscal que debe darse a las participaciones recibidas por los socios en estos casos, el autor ofrece la interpretación de José Antonio López-Santacruz Montes, Inspector de Hacienda del Estado, que determina que el coste total de las acciones en la sociedad escindida debería distribuirse entre el número total de acciones, tanto las antiguas de la sociedad escindida como las recibidas de la sociedad beneficiaria.

De esta manera, en nuestro caso, la valoración fiscal se realizaría de la siguiente manera:

- 15.000 participaciones de CONTDATA, S.L. + 1.060 participaciones de TECHCON, S.L. = 16.060 participaciones totales.
- El coste de adquisición de las participaciones de CONTDATA, S.L es de 1.500.000 €, por lo que el coste por participación es de: $1.500.000 / 16.060 = 93,40$ €.
- Valor fiscal de las participaciones de TECHCON, S.L.: 1.060 participaciones x 93,40 € = 99.004 €.

Si hubiera habido compensación complementaria en dinero, este valor se debería haber aumentado o disminuido, según el caso. Y, finalmente, la fecha de adquisición será la misma que la de las participaciones de CONTDATA, S.L., es decir, el 20 de marzo de 2002.

Otra implicación fiscal destacable relacionada con la aplicación del régimen especial de reestructuraciones empresariales a nuestro caso práctico es que cuando la operación conlleve una sucesión a título universal, como es nuestro caso, al traspasarse una unidad económica completa, la entidad adquirente se subroga en los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente nacidos al amparo de las leyes españolas. Entre los derechos, destaca la posibilidad de transmisión a la entidad beneficiaria de una escisión parcial de las bases imponibles negativas pendientes de compensación que se hayan generado por la rama de actividad transferida (art. 84 LIS). Por consiguiente, TECHCON, S.L. podrá utilizar el crédito fiscal por bases imponibles negativas de 108.927 €. Esto supone una novedad respecto a la normativa anterior, que exigía que la sociedad transmitente se extinguiera para tener la facultad de traspasar dichas bases imponibles negativas.

Asimismo, la LIS en su artículo 86 exige el cumplimiento de ciertas obligaciones contables para la entidad adquirente y los socios personas jurídicas, por lo que TECHCON, S.L. deberá incluir en su memoria anual los siguientes datos:

- a) Período impositivo en el que la entidad transmitente adquirió los bienes transmitidos.
- b) Último balance cerrado por la entidad transmitente.
- c) Relación de bienes adquiridos que se hayan incorporado a los libros de contabilidad por un valor diferente a aquél por el que figuraban en los de la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación, expresando ambos valores así como las correcciones valorativas constituidas en los libros de contabilidad de las dos entidades.
- d) Relación de beneficios fiscales disfrutados por la entidad transmitente, respecto de los que la entidad deba asumir el cumplimiento de determinados requisitos de acuerdo con lo establecido en la subrogación de derechos y obligaciones tributarias.

Se entiende que el régimen especial fiscal de fusiones y escisiones aplica por defecto a este tipo de operaciones, aunque TECHCON, S.L. tiene la obligación de comunicar la operación realizada a la Administración tributaria en los términos reglamentariamente establecidos (consultar art. 48 y 49 del Reglamento del IS). Sin embargo, se puede renunciar al mismo mediante la inclusión de las rentas generadas en la base imponible del impuesto (art. 77.2 LIS).

Por último, tras el amplio análisis del régimen tributario especial del Capítulo VII, Título VII de la LIS, cabe comentar brevemente el impacto fiscal de la escisión de rama de actividad en otros tributos:

- IVA: se trata de una operación no sujeta a IVA en virtud del artículo 7.1º de la LIVA. Esta no sujeción es independiente de que a la operación le aplique el régimen especial de reestructuraciones empresariales o no. Cualquier venta de rama de actividad por el negocio jurídico que sea puede acogerse a esta no sujeción, siempre que se cumplan los requisitos necesarios. En este sentido, la consulta vinculante V1774-14 es muy clarificadora: “La interpretación de los supuestos de no sujeción de las transmisiones globales de patrimonio debe hacerse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establecida entre otras, en las sentencias de 27 de noviembre de 2003 y de 10 de noviembre de 2011, recaídas, respectivamente en los Asuntos C-497/01, Zita Modes, y C-444/10 Christel Schriever. El Tribunal ha establecido que la aportación no sujeta de una universalidad total o parcial de bienes debe entenderse en el sentido que comprende «la transmisión de un establecimiento mercantil o de una parte autónoma de una empresa, con elementos corporales y, en su caso, incorporales que, conjuntamente, constituyen una empresa o una parte de una empresa capaz de desarrollar una actividad económica autónoma, pero que no comprende la mera cesión de bienes, como la venta de existencias». Por tanto, “se requiere que: los elementos transmitidos constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios; que dicha unidad económica se afecte al desarrollo de una actividad empresarial o profesional; que cada adquirente sea titular de una unidad económica autónoma

en los términos objetivos anteriormente delimitados". En nuestro caso, se transmite a TECHCON, S.L. una actividad económica completa, incluyendo los activos y pasivos afectos a la misma, así como los medios personales. Por tanto, puede considerarse que se transmite una universalidad de bienes en el sentido expresado por la LIVA, resultando aplicable el supuesto de no sujeción establecido en el artículo 7.1.º de la misma.

- ITPAJD: Tratándose de una escisión parcial que tiene la consideración de operación de reestructuración, la misma no estará sujeta a la modalidad de operaciones societarias del ITPAJD (art. 19.2.1º y art. 21 LITPAJD) y estará exenta de las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados de dicho impuesto (art. 45.I.B, apartados 10 y 11).
- IIVTNU: En nuestro supuesto práctico, no se transmiten terrenos a través de la operación de escisión. No obstante, si éste fuera el caso, como la operación se encuadra dentro del régimen especial de reestructuraciones empresariales, la Disposición Adicional Segunda de la LIS establece que en estos casos no se devengará dicho impuesto.

2º Forma jurídica más adecuada que minimice el impacto fiscal de la compra-venta de CONTDATA, S.L. por parte de la empresa americana SOFTEC Corporation.

Teniendo en cuenta que los socios actuales de CONTDATA, S.L. deben desvincularse del grupo resultante, no podemos considerar realizar una operación protegida por el régimen especial de reestructuraciones empresariales, como podría ser el canje de valores o la aportación de rama de actividad, puesto que implica la obligatoriedad de entregar a los socios de la empresa transmitente participaciones o acciones de la sociedad beneficiaria. Y esto no es lo que nuestros clientes desean acometer en estos momentos. Por esto, no será posible acogerse al diferimiento en la tributación de las rentas y la operación sólo se podrá materializar a través de la compra-venta de las participaciones sociales de CONTDATA (escindida), S.L. o mediante una compra-venta directa de activos y pasivos correspondientes a la rama de actividad de venta de software.

Como explica Stella Raventós Calvo⁵, los vendedores, especialmente si se trata de personas físicas, suelen preferir la venta de acciones, puesto que su ganancia de capital puede verse reducida o beneficiada si las acciones son antiguas y aplican coeficientes de abatimiento⁶. Por el contrario, los compradores tienden a optar por la adquisición de los activos, para evitar los problemas de una reorganización accionarial, eludir posibles contingencias negativas heredadas de la sociedad adquirida (sucesión universal de derechos y obligaciones) de tipo fiscal, legal o personal. Además, se produce una actualización en la valoración de los activos adquiridos, cuya amortización es deducible. Sin embargo, este tipo de operaciones suele darse en empresas de reducido tamaño donde es fácil identificar los activos y pasivos a transferir. En el caso de grupos de empresas grandes, es inevitable pasar por una adquisición de acciones.

Bajo nuestro punto de vista, también en nuestro supuesto práctico, parece más sencillo acometer una adquisición de participaciones sociales para comprar el Grupo CONTDATA. Sin embargo, vamos a plantear a continuación la tributación de ambos supuestos: la venta de participaciones y la de activos y pasivos, de manera que podamos averiguar qué operación tributaría de forma más ventajosa. Atendiendo a la problemática sobre los motivos económicos válidos expuesta en el punto 1 de nuestra resolución, es importante saber si se produce realmente un beneficio fiscal por realizar la escisión previa a la venta de participaciones de CONTDATA (escindida), S.L., en relación a la transmisión de la rama de actividad de venta de software de forma directa desde CONTDATA, S.L. a SOFTEC Corporation.

⁵ Diversos autores (2010), Fiscalidad internacional (Dir. Serrano Antón, F.), capítulo 33, CEF, Madrid.

⁶ Con la última reforma del IRPF que entró en vigor el 1 de Enero de 2015, se mantienen los coeficientes de abatimiento, si bien se limita su aplicación a las ganancias patrimoniales derivadas de la venta de bienes con un valor de transmisión máximo de 400.000 euros. Pero este límite nuevo de 400.000 euros se aplica no al valor de transmisión de cada elemento patrimonial de forma individual, sino al conjunto de los valores de transmisión de todos los elementos patrimoniales a los que hayan resultado de aplicación los coeficientes de abatimiento desde el 1 de Enero de 2015 hasta el momento de la imputación temporal de la ganancia patrimonial. Por tanto, tras esta modificación introducida en la DT 9ª de la LIRPF, la venta de participaciones pierde un atractivo fiscal frente a la venta de activos y pasivos, que hacía a los vendedores personas físicas inclinarse por la primera forma jurídica.

Venta de participaciones:

Tras la escisión parcial de la unidad económica de servicios profesionales de consultoría descrita en la primera pregunta, CONTDATA (escindida), S.L. está lista para ser comprada a través de la adquisición de sus participaciones por SOFTEC Corporation. Como ya vimos durante la resolución del caso de escisión parcial, el Balance de Situación de CONTDATA (escindida), S.L. tras la escisión quedó de la siguiente manera:

BALACE DE SITUACIÓN DE CONTDATA (escindida), S.L. A 31 de Agosto de 2015			
ACTIVO	SALDO	PATRIMONIO NETO Y PASIVO	SALDO
A) ACTIVO NO CORRIENTE	6.855.918	A) PATRIMONIO NETO	6.937.265
<u>I. Inmovilizado Intangible</u>	<u>4.022.563</u>	<i>A-1) Fondos Propios</i>	6.137.265
Derechos de propiedad intelectual	3.525.000	<u>I. Capital</u>	<u>1.500.000</u>
Aplicaciones informáticas	497.563	1. Capital escriturado	1.500.000
<u>II. Inmovilizado Material</u>	<u>1.544.301</u>	<u>III. Reservas</u>	<u>4.417.185</u>
Instalaciones	528.900	1. Legal y estatutaria	150.000
Mobiliario	258.421	2. Otras reservas	4.267.185
Equipos informáticos	756.980	<u>V. Resultados de ejercicios anteriores</u>	<u>-1.307.120</u>
<u>IV. Inversiones en empresas del grupo a largo plazo</u>	<u>1.071.200</u>	2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores)	-1.307.120
1. Instrumentos de patrimonio	75.000	<u>VII. Resultado del ejercicio</u>	<u>1.527.200</u>
2. Créditos a empresas	996.200	<i>A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos</i>	800.000
<u>VI. Activos por impuesto diferido</u>	<u>217.853</u>	B) PASIVO NO CORRIENTE	1.811.600
B) ACTIVO CORRIENTE	4.614.552	<u>II. Deudas a largo plazo</u>	<u>1.811.600</u>
<u>III. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar</u>	<u>3.692.407</u>	2. Deudas con entidades de crédito	1.811.600
1. Clientes por ventas y prestaciones de servicios	2.442.880	C) PASIVO CORRIENTE	2.721.605
2. Clientes, empresas del grupo y asociadas	1.249.527	<u>III. Deudas a corto plazo</u>	<u>258.800</u>
<u>V. Inversiones financieras a corto plazo</u>	<u>0</u>	2. Deudas con entidades de crédito	258.800
5. Otros activos financieros	0	<u>V. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar</u>	<u>2.462.805</u>
<u>VI. Periodificaciones a corto plazo</u>	<u>12.220</u>	1. Proveedores	483.990
Gastos anticipados	12.220	2. Proveedores, empresas del grupo y asociadas	76.667
VII. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes	<u>909.925</u>	3. Acreedores varios	0
1. Tesorería	909.925	4. Personal	933.254
		5. Pasivos por impuesto corriente	254.533
		6. Otras deudas con las Administraciones Públicas	714.360
		<u>VI. Periodificaciones a corto plazo</u>	<u>0</u>
		Ingresos diferidos	0
TOTAL ACTIVO (A+B)	11.470.470	TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A+B+C)	11.470.470

El Sr. Robles y la Sra. Dupont venden el total de sus participaciones sociales en CONTDATA (escindida), S.L. a SOFTEC Corporation. El Sr. Robles, al ser una persona física residente en territorio español, deberá tributar por el IRPF conforme a su normativa específica, mientras que la Sra. Dupont lo hará por el IRNR, al no ser residente en España.

Como hemos indicado en la respuesta anterior, el convenio para evitar la doble imposición entre España y Francia, faculta a España para someter a imposición las ganancias de capital que la Sra. Dupont obtiene por la enajenación de sus participaciones en CONTDATA (escindida), S.L., por ser ésta una sociedad residente en estado español y ostentar la transmitente una participación sustancial en la misma (superior al 25% del capital social). Por tanto, como hemos adelantado, la Sra. Dupont deberá declarar en el IRNR la ganancia patrimonial obtenida por la venta de sus participaciones en la empresa española CONTDATA (escindida), S.L. (art. 12 y 13.1.i)1º LIRNR).

La LIRNR en su artículo 24.6.2ª remite a las disposiciones contenidas en la LIRPF para el cálculo de la base imponible correspondiente a las ganancias patrimoniales, por lo que la misma será común para ambos socios.

De acuerdo al artículo 37.b) de la LIRPF, la ganancia patrimonial en la transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación (caso de CONTDATA, S.L.) se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión.

Es importante tener en cuenta que el valor de transmisión no puede ser inferior al mayor de los dos siguientes, salvo que se demuestre que el precio pactado es el valor normal de mercado:

- El valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.
- El que resulte de capitalizar al tipo del 20 % el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto. A este último efecto, se computarán como beneficios los dividendos distribuidos y las asignaciones a reservas, excluidas las de regularización o de actualización de balances.

Entendemos que el valor dado a CONTDATA (escindida), S.L. por su actividad de venta de software está acorde con las condiciones normales de mercado y, además, no es inferior a las magnitudes listadas anteriormente.

El valor de transmisión de las participaciones sociales de CONTDATA (escindida), S.L., como dice nuestro enunciado, es de 20 millones de euros, pagándose 14 millones de euros el mismo día de la formalización de la operación (31 de Agosto de 2015) y los 6 millones restantes pueden ser variables en función de los objetivos de ventas marcados. En este caso de precio aplazado, el contribuyente puede imputar proporcionalmente las rentas obtenidas a medida que se hagan exigibles los cobros (art. 14.2.d) LIRPF). De esta manera, el cálculo de las ganancias patrimoniales para cada año es como sigue:

2015:

Valor de adquisición: 15.000 participaciones x 93,40 €⁷ = 1.401.000 €

Valor de transmisión: 14.000.000 €

Ganancia patrimonial: 14.000.000 – 1.401.000 = 12.599.000 € / 2 socios = 6.299.500 €

Las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales forman parte de la renta del ahorro (art. 46.b) LIRPF). El Sr. Robles imputará, por tanto, en su base imponible del ahorro el importe de 6.299.500 €, que tributará según la escala siguiente (tipo estatal y autonómico agregado) (arts. 66, 77 y DA 31^a)⁸:

Base liquidable – Hasta euros	Resto base liquidable – Hasta euros	Tipo 2015 – Porcentaje	Tipo 2016 – Porcentaje
0	6.000	19,5	19
6.000	44.000	21,5	21
50.000	En adelante	23,5	23

Considerando que éstas sean las únicas rentas del ahorro del Sr. Robles, la cuota tributaria derivada de la ganancia patrimonial por la venta de las participaciones de CONTDATA (escindida), S.L. es = 6.000 x 19,5% + 44.000 x 21,5% + 6.249.500 x 23,5% = 1.170 + 9.460 + 1.468.633= **1.479.263 €**.

La cuota tributaria en el IRNR se calcula aplicando a la base imponible el tipo de gravamen del 19% cuando se trate de ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales (art. 25 LIRNR). No obstante, este tipo es aplicable para ejercicios iniciados a partir del 1 de Enero de 2016. El tipo aplicable para los impuestos devengados con posterioridad al 12 de julio del 2015 es el 19,5% (DA 9^a LIRNR). Por tanto, la Sra. Dupont obtendrá una cuota tributaria del IRNR de 6.299.500 x 19,5% = **1.228.403 €**.

2016:

Grado de consecución de los objetivos: 40/47 M € = 85%, por lo que SOFTEC Corporation pagará a los socios el 50% de los 2 M € = 1 M € / 2 socios.

⁷ Cabe recordar que en la operación de escisión descrita en la pregunta 1, CONTDATA, S.L. no redujo capital social sino sólo reservas, de manera que el valor de adquisición de sus participaciones, que inicialmente era de 100 € por unidad, se tuvo que repartir a efectos fiscales entre éstas y las participaciones adicionales emitidas por TECHCON, S.L. para acoger el patrimonio neto de la rama de actividad de consultoría informática. De aquí que como valor de adquisición a efectos fiscales usemos los 93,40 € calculados en el ejercicio anterior.

⁸ Obviamos a efectos prácticos los efectos que el mínimo personal y familiar pudieran tener sobre la cuota tributaria al entender que la base liquidable general del Sr. Robles supera este importe.

La cuota ributaria del Sr. Robles será de: $6.000 \times 19\% + 44.000 \times 21\% + 450.000 \times 23\% = 113.880 \text{ €}$ y la de la Sra. Dupont será de: $500.000 \times 19\% = 95.000 \text{ €}$. Entre ambos socios se pagará a la Agencia tributaria española un total de **208.880 €**

2017:

Grado de consecución de los objetivos: $50/55 \text{ M €} = 91\%$, por lo que SOFTEC Corporation pagará a los socios el 65% de los 2 M € = 1.300.000 € / 2 socios.

La cuota ributaria del Sr. Robles será de: $6.000 \times 19\% + 44.000 \times 21\% + 600.000 \times 23\% = 148.380 \text{ €}$ y la de la Sra. Robles será de: $650.000 \times 19\% = 123.500 \text{ €}$. Entre ambos socios se pagará a la Agencia tributaria española un total de **271.880 €**

2018:

Grado de consecución de los objetivos: $51/70 \text{ M €} = 73\%$, por lo que SOFTEC pagará a los socios el 0% de los 2 M € = 0 €.

El coste fiscal total de la operación de venta de participaciones sociales de CONTDATA (escindida), S.L. por parte de los socios a SOFTEC Corporation asciende a **3.188.426 €**.

Como vemos, la tributación en el IRNR tiene un tipo fijo que equivale al mínimo de la escala del ahorro en el IRPF, por lo que las personas físicas residentes en España pagarán más que un no residente por las rentas del ahorro que superen los 6.000 €.

No aplica la deducción por reinversión del artículo 68 de la LIRPF ni la exclusión de ganancia patrimonial del artículo 38 de la LIRPF.

Además, un apunte de interés es que si los socios de CONTDATA (escindida), S.L., en lugar de personas físicas, hubieran sido entidades jurídicas, se habrían podido acoger a la exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español del artículo 21 de la LIS. La modificación de este artículo es, sin duda, una de las novedades más significativas de la reforma del IS, que equipara el tratamiento de las rentas derivadas de participaciones en entidades residentes y no residentes, tanto en materia de dividendos como de transmisión de las mismas, y establece un régimen de exención general (tanto de las reservas como de las plusvalías implícitas) para las participaciones significativas, aplicable tanto en el ámbito interno como internacional.

Así, comprobamos que las personas físicas tributarán en el IRPF y en el IRNR por las ganancias patrimoniales obtenidas de la transmisión de participaciones mientras que las personas jurídicas se beneficiarán de una exención total. Sin duda, es una cuestión importante a tener en cuenta en la planificación fiscal de este tipo de operaciones. Como dice Víctor Isábal, socio de Fiscal en Grant

Thornton, en su artículo “La reforma de la doble imposición” del 22 de diciembre de 2014: “Es una evidencia que las normas fiscales provocan determinadas conductas. Hasta la fecha hemos presenciado que en las operaciones de M&A, las ventas de sociedades trataban de efectuarse en la medida de lo posible al nivel de las personas físicas, por su menor tributación. No cabe duda de que en el futuro la situación se invertirá y proliferarán estructuras en las que las ventas se realizarán a través de sociedades holding o corporaciones”.

Por tanto, nuestro consejo a los socios de CONTDATA, S.L., si no les interesa la obtención de la ganancia patrimonial obtenida en la venta de participaciones de la misma, sino que prefieren reinvertirla en el negocio de consultoría informática y otros posibles negocios que constituyan en el futuro es que, tras la escisión de ambas ramas de actividad, crearan una sociedad holding mediante la aportación de sus participaciones, tanto en TECHCON, S.L. como en CONTDATA (escindida), S.L. Esta operación tendría la consideración de canje de valores de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.5 de la LIS puesto que la entidad beneficiaria de la aportación adquiere participaciones en el capital social de otras entidades que le permite tener la mayoría de los derechos de voto de las mismas y, en la medida en que concurren las circunstancias del artículo 80.1 de la LIS, se podrá aplicar a la operación planteada el régimen fiscal previsto en el capítulo VII del título VII de la LIS, en las condiciones y con los requisitos establecidos en dicha normativa.

Las rentas generadas en la transmisión posterior de las participaciones de CONTDATA (escindida), S.L. y TECHCON, S.L. darán derecho a la exención para evitar la doble imposición del artículo 21 de la LIS (Art. 88.1 LIS).

Para evitar ser cuestionados por la Administración tributaria en relación a los motivos económicos válidos y la presunción de fraude o evasión fiscal del artículo 89.2 de la LIS, lo que nos obligaría a tributar por las rentas generadas en el canje de valores, tendríamos que realizar esta operación con una anticipación temporal razonable respecto de la operación de venta de las participaciones de CONTDATA (escindida), S.L., así como argumentar las ventajas empresariales de la creación de una sociedad holding, que indudablemente son muchas, aparte del evidente beneficio fiscal. Entre otras, podríamos aludir: organizar de una manera más eficiente las participaciones que se poseen en la actualidad y las que en el futuro se pudieran adquirir; conseguir la administración centralizada de las sociedades participadas; posibilitar la proyección de una imagen de grupo a efectos económicos y financieros; centralizar en la sociedad holding la estrategia del grupo, la tesorería y financiación de las sociedades integradas; potenciar vía dividendos de las sociedades en beneficios la capacidad para financiar proyectos empresariales; facilitar y simplificar la eventualidad de una sucesión; y, por último, posibilitar la tributación en el Impuesto sobre Sociedades como grupo de consolidación fiscal. (considerados todos ellos en la consulta vinculante V0526-15 como motivos económicos válidos). De nuevo, aconsejamos someter a consulta la operación que se pretende realizar de forma previa.

SOFTEC Corporation, en el caso de adquisición de las participaciones sociales de CONTDATA (escindida), S.L., podrá aprovechar los créditos fiscales, la subvención y las bases imponibles negativas que ha generado la misma en España, pero por el contrario no podrá reconocer y amortizar el fondo de comercio financiero, de acuerdo a las normas tributarias de EEUU, a menos que se opte por aplicar la Sección 338 del IRC (Internal Revenue Code), que cumpliendo con los requisitos establecidos podría tratarse fiscalmente como una compra-venta de activos.

Antes de la reforma del IS que entró en vigor en el 2015, SOFTEC Corporation habría podido reconocer el fondo de comercio financiero y proceder a su amortización fiscal, creando una filial en España para comprar las participaciones sociales de la sociedad “target” y, posteriormente, realizar una fusión impropia. No obstante, se ha eliminado en la nueva normativa el tratamiento del fondo de comercio de fusión a raíz de la aplicación del régimen de exención en la transmisión de participaciones de origen interno (art. 21 LIS), que hace innecesario el mantenimiento de este mecanismo para evitar la doble imposición interna. De todos modos, en general, en nuestra jurisprudencia, se venía denegado a este tipo de operaciones la aplicación del régimen especial de diferimiento por carecer de motivos económicos válidos⁹, de manera que sólo si SOFTEC Corporation hubiera contado con una filial española con actividad económica propia previa a la adquisición de CONTDATA (escindida), S.L. habría sido posible efectuar esta fusión apalancada acogidos al régimen especial de diferimiento que con la anterior regulación nos permitía aflorar el fondo de comercio.

Por último, repasamos brevemente el efecto fiscal de otros tributos sobre la operación de compra-venta de participaciones sociales:

- IVA: La venta de participaciones está exenta del IVA por aplicación del artículo 20.I) de la LIVA.
- ITPAJD: Esta operación está sujeta pero exenta del ITPAJD en sus tres modalidades de acuerdo al artículo 45.B).9 de la LITPAJD.
- IIVTNU: Al no transmitirse terrenos no se produce hecho imponible del impuesto.

⁹ Véase STS de 12 de Noviembre de 2012 y de 25 de Abril de 2013, SAN de 31 de Enero de 2013 y 16 de Octubre de 2013 y Resolución del TEAC de 9 de Abril de 2015

Venta de activos y pasivos:

En este caso no sería necesaria la separación previa de las dos ramas de actividad en CONTDATA, S.L. puesto que la idea es que ella misma venda los activos y pasivos relacionados exclusivamente con la venta de software directamente a SOFTEC Corporation, quedando en CONTDATA, S.L. el negocio de consultoría. SOFTEC Corporation tendría que crear una sociedad nueva que acogiese los elementos patrimoniales que se van a adquirir.

Partiendo del Balance de escisión que segrega las ramas de actividad, acordado por compradores y vendedores para llevar a cabo las valoraciones de los dos negocios, tenemos que los activos y pasivos identificados del negocio de software a transmitir son los siguientes:

BALACE DE SITUACIÓN DE CONTDATA, S.L. A 31 de Agosto de 2015			
ACTIVO	SOFTWARE	PATRIMONIO NETO Y PASIVO	SOFTWARE
A) ACTIVO NO CORRIENTE	6.855.918	A) PATRIMONIO NETO	800.000
<u>I. Inmovilizado Intangible</u>	<u>4.022.563</u>	<i>A-1) Fondos Propios</i>	<i>0</i>
Derechos de propiedad intelectual	3.525.000	<u>I. Capital</u>	<u>0</u>
Aplicaciones informáticas	497.563	1. Capital escriturado	0
<u>II. Inmovilizado Material</u>	<u>1.544.301</u>	<u>III. Reservas</u>	<u>0</u>
Instalaciones	528.900	1. Legal y estatutaria	0
Mobiliario	258.421	2. Otras reservas	0
Equipos informáticos	756.980	<u>V. Resultados de ejercicios anteriores</u>	<u>0</u>
<u>IV. Inversiones en empresas del grupo a largo plazo</u>	<u>1.071.200</u>	2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores)	0
1. Instrumentos de patrimonio	75.000	<u>VII. Resultado del ejercicio</u>	<u>0</u>
2. Créditos a empresas	996.200	<i>A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos</i>	<i>800.000</i>
<u>VI. Activos por impuesto diferido</u>	<u>217.853</u>	B) PASIVO NO CORRIENTE	1.811.600
B) ACTIVO CORRIENTE	4.614.552	<u>II. Deudas a largo plazo</u>	<u>1.811.600</u>
<u>III. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar</u>	<u>3.692.407</u>	2. Deudas con entidades de crédito	1.811.600
1. Clientes por ventas y prestaciones de servicios	2.442.880	C) PASIVO CORRIENTE	2.721.605
2. Clientes, empresas del grupo y asociadas	1.249.527	<u>III. Deudas a corto plazo</u>	<u>258.800</u>
<u>V. Inversiones financieras a corto plazo</u>	<u>0</u>	2. Deudas con entidades de crédito	258.800
5. Otros activos financieros	0	<u>V. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar</u>	<u>2.462.805</u>
<u>VI. Periodificaciones a corto plazo</u>	<u>12.220</u>	1. Proveedores	483.990
Gastos anticipados	12.220	2. Proveedores, empresas del grupo y asociadas	76.667
VII. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes	909.925	3. Acreedores varios	0
1. Tesorería	909.925	4. Personal	933.254
		5. Pasivos por impuesto corriente	254.533
		6. Otras deudas con las Administraciones Públicas	714.360
		<u>VI. Periodificaciones a corto plazo</u>	<u>0</u>
		Ingresos diferidos	0
TOTAL ACTIVO (A+B)	11.470.470	TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A+B+C)	5.333.205

Suponemos que el precio de adquisición del negocio de venta de software se mantiene en 20 millones de euros, aunque es cierto que en la práctica se suele negociar dependiendo de la forma jurídica y los derechos y obligaciones que conlleve cada una. A este importe le tendríamos que ajustar las casillas que hemos marcado en verde, porque a pesar de pertenecer a esta rama de actividad inicialmente y haberse tenido en cuenta para determinar el precio de la misma, en realidad no es posible traspasar la titularidad jurídica, por lo que en el balance final, esos importes permanecerán en CONTDATA, S.L., que se lo pagará a SOFTEC Corporation vía precio de venta.

Uno de los elementos sombreados en verde es el crédito fiscal por bases imponibles negativas que, a pesar de que una parte muy importante del mismo fue generado por el negocio de venta de software que se vende, la titularidad jurídica se debe mantener en la empresa que generó el crédito, es decir, en CONTDATA, S.L. A diferencia del caso de la escisión parcial donde la operación se realiza bajo el régimen especial de fusiones y escisiones y donde sí es traspasable a terceros el derecho de compensación de bases imponibles negativas, en una compra-venta de activos y pasivos, a pesar de que se traspase una unidad económica, al estar sujeto al régimen general del IS, no es posible vender las bases imponibles negativas junto con el resto de activos y pasivos. Y esto se deriva del hecho que “no existe un derecho autónomo a la compensación de bases imponibles negativas sino que existe una facultad, derivada de la relación jurídico-tributaria existente entre la Administración Tributaria y el sujeto pasivo y atribuida por la Ley”. (V1850-08). De la misma manera, quedan en CONTDATA, S.L. las deudas actuales por el impuesto corriente y otras deudas con administraciones públicas derivadas del negocio de software.

Por último, la tesorería generada por la venta de software igualmente permanecerá en CONTDATA, S.L. por cuanto no tiene sentido un “ir y venir de caja”, sino netearlo a través de un ajuste en precio. Respecto al resto de elementos de activo y pasivo, consideramos a efectos prácticos que sí ha sido posible su división jurídica, incluyendo la subvención que está directamente relacionada con las actividades de investigación y desarrollo sobre el software.

El importe total de estos ajustes será de 158.885 € (Activos – Pasivos, sombreados en Balance). Sin embargo, los mismos no afectan al resultado de la plusvalía generada puesto que se ajustan tanto en el valor fiscal de los activos y pasivos transferidos como en el precio de transmisión. Por consiguiente, no los vamos a considerar en nuestros cálculos posteriores.

Tal y como dice el enunciado, los datos contables que aparecen en Balance son los valores fiscales aprobados y ningún ajuste adicional es necesario. Por tanto, tenemos que el Valor Neto Contable = Valor fiscal de los activos y pasivos del negocio de venta de software es: $11.470.470 + 800.000 - 4.533.205 = 7.737.256$ €.

El precio de venta de la rama de software son 20.000.000 €, de los cuales el día del cierre de la compra-venta se pagan 14 M € mediante transferencia bancaria, quedando los 6 millones restantes pendientes de pago en los próximos tres años de acuerdo a los objetivos especificados de ventas de software.

De acuerdo al artículo 29 de la LIS, el tipo general de gravamen es el 25% (a partir del 1 de enero de 2016). Para el 2015 es del 28% (DT 34ª LIS). Además, en el caso de operaciones a plazos o con precio aplazado, las rentas se entenderán obtenidas proporcionalmente a medida que sean exigibles los correspondientes cobros, excepto que la entidad decida aplicar el criterio del devengo (art. 11 LIS).

En consecuencia, CONTDATA, S.L. deberá integrar en su base imponible del IS las siguientes rentas: 2015: $14.000.000 \text{ €} - 7.737.256 \text{ €} = 6.262.735 \text{ €}$ y tributará al 28%, por lo que la cuota tributaria por este concepto será **1.753.566 €**.

2016: Grado de consecución de los objetivos: $40/47 \text{ M €} = 85\%$, por lo que SOFTEC pagará a CONTDATA el 50% de los $2 \text{ M €} = 1 \text{ M €}$, que tributará al 25% = **250.000 €**

2017: Grado de consecución de los objetivos: $50/55 \text{ M €} = 91\%$, por lo que SOFTEC pagará a CONTDATA el 65% de los $2 \text{ M €} = 1.300.000 \text{ €}$, que tributará al 25% = **325.000 €**

2018: Grado de consecución de los objetivos: $51/70 \text{ M €} = 73\%$, por lo que SOFTEC pagará a CONTDATA el 0% de los $2 \text{ M €} = 0 \text{ €}$.

El coste fiscal total de la operación para los vendedores a través de CONTDATA, S.L. (por ser el sujeto pasivo del impuesto al ser la entidad transmitente) será: $1.753.566 + 250.000 + 325.000 = \underline{\underline{2.328.566 \text{ €}}}$

Comparando la tributación resultante de la venta de participaciones de CONTDATA (escindida), S.L. y la transmisión directa de la rama de actividad de venta de software por parte de CONTDATA, S.L. a SOFTEC Corporation, vemos que la primera operación resulta más gravosa para los contribuyentes: 3.188.426 € vs 2.328.566 €, por lo que la Agencia Tributaria no objetaría, en principio, a la aplicación del régimen especial de diferimiento a la operación de escisión parcial de la rama de actividad de consultoría informática, puesto que no se obtiene un beneficio fiscal directo derivado de la escisión previa.

A partir del 1 de enero de 2015 con la entrada en vigor de la nueva ley del IS, se elimina la deducción por reinversión de beneficios, que podría haber sido aplicable a nuestro caso cumpliendo con los requisitos exigidos de reinversión y que habría supuesto la deducción en la cuota íntegra del 12% del importe de las rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales.

En el capítulo relativo a España del libro “Tax Planning for International Mergers, Acquisitions, Joint Ventures and Restructurings” del autor Peter Blessing, en colaboración con otros profesionales de prestigio en el área fiscal, los autores señalan algunas consideraciones fiscales a tener en cuenta por parte de los compradores y que pensamos que son relevantes mencionar en este momento:

- 1- Los adquirentes por cualquier concepto de la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas son responsables solidarios de las deudas tributarias del anterior titular derivadas de su ejercicio (art. 42.c) LGT). En este sentido, es importante que los compradores de una rama de actividad o unidad económica, soliciten a la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias, de manera que la responsabilidad solidaria quedará limitada a los conceptos que se mencionen en dicha certificación (art. 175.2 LGT).
- 2- El precio pagado por los adquirentes se asigna a cada activo identificado por su valor realizable y por el exceso no identificado se valora el fondo de comercio. De esta forma, se aumenta la base de depreciación de los activos resultando en una mayor amortización fiscal deducible. Además, nace la posibilidad de amortizar fiscalmente el fondo de comercio y las ganancias patrimoniales acumuladas se pagan por el vendedor, en este caso, CONTDATA,S.L., como ya hemos visto.
- 3- Los autores consideran que las entidades financieras suelen valorar más positivamente los activos de una empresa como garantía o aval que sus acciones, por lo que es más probable que nos ofrezcan mejores condiciones y acceso a la financiación en una operación de compra-venta de activos que de adquisición de acciones.

En cuanto al fondo de comercio, el artículo 13.3 de la LIS, vigente para el ejercicio 2015, permitía deducir hasta un 5% de su precio de adquisición sin principio de inscripción contable. Sin embargo, el RDL 12/2012 de 30 de marzo limita la deducción para los períodos impositivos 2012-2015 a la centésima parte de su importe, es decir, al 1%.

A partir del 1 de Enero de 2016 se deroga el apartado 3 del artículo 13 de la LIS, puesto que la norma contable vuelve a introducir la amortización del fondo de comercio en lugar del test de deterioro, y en consecuencia se redacta una nueva versión del artículo 12.2 de la LIS sobre las “correcciones de valor: amortizaciones”. Este artículo permite la amortización del fondo de comercio con un límite anual máximo del 5% y vuelve a ser obligatoria la inscripción contable.

Analizados los puntos más relevantes del IS que afectan a la operación de compra-venta de activos y pasivos, pasamos a analizar brevemente su incidencia en otros impuestos:

- IVA: se trata de una operación no sujeta a IVA en virtud del artículo 7.1º de la LIVA, tal y como hemos visto en la resolución de la pregunta 1 sobre la escisión parcial.
- ITPAJD: La transmisión del negocio de venta de software no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD, conforme a lo dispuesto en el artículo 7, apartados 1 A) y 5, de la LITPAJD, por tratarse de una transmisión realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. De acuerdo a los mismos preceptos, si hubieran inmuebles incluidos en la transmisión del patrimonio empresarial, estos sí que deberían tributar por la modalidad mencionada. No obstante, éste no es nuestro caso.

En cuanto a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, la escritura pública en que se documenta la operación no está sujeta a la misma por faltar el requisito de ser inscribible en alguno de los registros citados en el artículo 31.2 de la LITPAJD. (ver consulta vinculante V0852-13).

- IIVTNU: Al no existir terrenos involucrados en la transmisión de la rama de actividad, tampoco nacerá obligación tributaria respecto a este tributo local.

3º Financiación de la operación: Capital vs Endeudamiento y limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros.

La decisión de financiar la adquisición a través de capital o préstamo es una cuestión de mucha importancia cuando se planifica una operación de esta envergadura. Algunos aspectos fiscales que se toman en cuenta para valorar lo que conviene más son¹⁰:

- Los intereses pagados, con ciertas limitaciones, son deducibles de la base imponible mientras que los dividendos pagan el impuesto antes de ser distribuidos.
- Los intereses suelen soportar unos porcentajes de retención en el estado de la fuente superiores a los dividendos, como veremos en los cuadros de la pregunta 4.
- Los intereses recibidos están sometidos a gravamen mientras que los dividendos recibidos suelen beneficiarse de la exención de participación, como ocurre en España.
- Los aumentos de capital podrían devengar, en algunas jurisdicciones, el impuesto sobre operaciones societarias¹¹ ()
- En caso de dificultades financieras de la entidad participada, el préstamo se puede recuperar antes y más fácilmente que el capital, y con menor coste fiscal. Las reducciones de capital con devolución de aportaciones deben cumplir ciertos requisitos y devengan el impuesto por operaciones societarias.

Parte de la doctrina considera que es evidente que financiarse vía capital es fiscalmente más caro que hacerlo vía préstamo¹² mientras que otra parte considera que a nivel de grupo no siempre es así, sino que la financiación vía préstamo sólo supone una ventaja significativa cuando el adquirente es residente en una jurisdicción de baja o nula tributación y, por tanto, no paga o paga muy pocos impuestos por los intereses recibidos¹³.

La OCDE, en el ámbito de la Acción 4 del Proyecto BEPS, señala que los riesgos de erosión de la base imponible y de traslado de beneficios por parte de grupos multinacionales en este área surgen en tres escenarios básicos:

- El grupo concentra un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países de elevada tributación.
- El grupo utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros.

¹⁰ VVAA, Fiscalidad internacional (Dir. Serrano Antón, F.), CEF, Madrid, 2010

¹¹ En Europa no es aplicable de acuerdo a la Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero de 2008 relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, por lo que España modificó la LITPAJD para declarar exenta esta operación.

¹² Sanz Gadea, Eduardo (2013), referencia obtenida en el artículo "Las restricciones a la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades" de Domingo Carbajo Vasco, Revista Fiscal, 11-2013

¹³ Hanny, P. "General Report, en *Cahiers de droit fiscal international*, New Tendencies in Tax Treatment of Cross-Border Interest of Corporations", vol. 93b, The Hague, The Netherlands: Kluwer, 2008, pág 21. Referencia tomada del libro VVAA, Fiscalidad internacional (Dir. Serrano Antón, F.), CEF, Madrid, 2010, pág 1.600.

- El grupo utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o a entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen.

Para garantizar que la deducibilidad del gasto financiero neto de toda entidad esté directamente relacionada con las rentas imponibles fruto de sus actividades económicas y evitar los efectos perniciosos del traslado de bases imponibles, la OCDE ha propuesto aplicar a todas las entidades que formen parte de grupos multinacionales una norma de ratio fijo, entre el 10% y el 30%, conjuntamente con otra de ratio global, que limita las deducciones netas de una entidad o grupo de entidades en concepto de intereses y otros pagos económicamente equivalentes a intereses, a un porcentaje determinado de sus beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA en inglés).

Las reglas de subcapitalización fueron abolidas en España con efectos desde el 1 de enero de 2012 y sustituidas por dos limitaciones principales a la deducibilidad de los gastos financieros, que iban encaminadas a evitar las planificaciones agresivas para colocar deuda en España que no tenía correlación con las actividades económicas de las compañías y a hacer frente al elevado apalancamiento financiero de las empresas.

La primera medida de no deducibilidad de gastos financieros se materializó en el actual artículo 15.h) de la LIS que declara no deducibles los gastos financieros de deudas con entidades del grupo “destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones”. Con anterioridad a la entrada en vigor de este precepto, se había generado bastante litigiosidad entorno a las actuaciones inspectoras que cuestionaban este tipo de operaciones intragrupo aplicándoles la cláusula anti-elusión fiscal general del artículo 15 de la LGT (Consultar, por ejemplo, las Resoluciones del TEAC del 25 de Junio de 2009 y del 8 de octubre de 2009 y SAN de de 24 de julio de 2012 y de 24 de enero de 2013).

La segunda medida es la contenida en el actual artículo 16 de la LIS, que limita la deducción de los gastos financieros netos al 30% del beneficio operativo del ejercicio. No obstante, no aplicará este límite a los gastos financieros netos del período impositivo que no superen 1 millón de euros, por lo que serán deducibles en todo caso.

A rasgos generales y siguiendo los criterios interpretativos ofrecidos por la Resolución de la DGT del 16 de julio de 2012, para el cálculo del límite contenido en el artículo 16 de la LIS (antiguo artículo 20 de la LIS), tendremos en cuenta:

Gastos financieros: los incluidos en la partida 13 y en las cuentas 661, 662, 664 y 665 de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias. No se incluyen los gastos financieros que sean objeto de incorporación al valor de un elemento patrimonial amortizable, ni los gastos financieros por actualización de provisiones.

Ingresos financieros: los recogidos en la partida 12 y en las cuentas 761 y 762 de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias.

Beneficio operativo: es el resultado de explotación de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, excluyendo las amortizaciones, las imputaciones de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras y los deterioros y resultados de enajenaciones de inmovilizado. Posteriormente, se adicionan los dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5% o bien su valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros.

Si se superara el límite calculado según los criterios de arriba, los gastos financieros netos que no resulten deducibles en este ejercicio podrán deducirse en los períodos impositivos siguientes, conjuntamente con los del período impositivo correspondiente, pero respetando de forma conjunta el mismo límite del 30%.

Si, por el contrario, se estuviera por debajo, la diferencia entre el citado límite y los gastos financieros netos del período impositivo pueden adicionarse al límite mencionado en los períodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos, hasta que se deduzca dicha diferencia.

En el caso de grupos fiscales, las reglas comentadas hasta ahora aplican a nivel del grupo fiscal (art. 63.a) LIS). No obstante, para el supuesto de entidades que se integren con posterioridad en un grupo fiscal, los gastos financieros netos que las mismas tengan pendientes de deducir en ese momento, se deducirán con el límite del 30% del beneficio operativo de la propia entidad (art. 67.a) LIS).

Finalmente, con efectos desde el 2015, se introduce una limitación adicional a la deducibilidad de los intereses derivados de deudas destinadas a la adquisición de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades, que sólo podrán ser deducibles con el límite del 30% del beneficio operativo, referido éste exclusivamente a la actividad de la sociedad adquirente, sin incluir en dicho beneficio operativo el correspondiente a cualquier entidad que se incorpore al grupo fiscal o que se fusione con aquélla en los 4 años posteriores a dicha adquisición, tanto si la fusión se acoge como si no al régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VII del Título VII de la LIS (art. 16.5, 67.b) y 83 de la LIS). Lo anterior no resultará de aplicación si la adquisición se financia con deuda, como máximo, en un 70 % del precio de adquisición. Asimismo, este límite no se aplicará en los períodos impositivos siguientes siempre que el importe de esa deuda se minore, desde el momento de la adquisición, al menos en la parte proporcional que corresponda a cada uno de los 8 años siguientes, hasta que la deuda alcance el 30 % del precio de adquisición.

A nuestro supuesto práctico le afectaría la normativa sobre deducibilidad de gastos financieros explicada arriba en el supuesto de que SOFTEC Corporation decidiera acometer la compra apalancada de CONTDATA (escindida), S.L. a través de la constitución de una filial en España. Como hemos visto, a pesar de que la filial española de SOFTEC Corporation y CONTDATA (escindida), S.L. formaran un grupo fiscal o se fusionaran con posterioridad a la adquisición, ya no será posible el “push-down” de la deuda, como se venía realizando tan frecuentemente con anterioridad y que había supuesto una

importante controversia, puesto que la filial española de SOFTEC Corporation únicamente podrá deducir sus gastos financieros netos a cargo de sus propios beneficios operativos y no de los de CONTDATA (escindida), S.L. Ésta es una buena razón para que la nueva filial de SOFTEC Corporation, en caso de que optara por crearla, tenga sustancia económica y opere en mercado español de manera independiente con anterioridad a la adquisición de CONTDATA (escindida), S.L.

Si la adquisición se lleva a cabo por parte de la sociedad americana directamente o cualquiera de sus filiales europeas, aplicaría la normativa fiscal de cada uno de estos países en cuanto a la deducibilidad de gastos financieros.

4º Tributación de intereses, cánones y dividendos en España y la UE

Las directivas comunitarias que regulan en Europa el tratamiento fiscal que debe darse a los pagos realizados por intereses, cánones y dividendos entre sociedades residentes en diferentes Estados Miembros de la UE son:

- La Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, modificada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014.
- La Directiva 2003/49/CE, del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

Ambas directivas buscan que los grupos de sociedades que operan en diferentes países de la UE no se encuentren con restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros, ni con condiciones fiscales menos favorables que las que se aplican a las mismas transacciones cuando éstas tienen lugar entre sociedades del mismo Estado miembro, de manera que se garanticen las mismas reglas dentro del mercado único europeo. Sin embargo, no se prohíbe a los diferentes Estados miembros establecer las medidas oportunas para prevenir el fraude y el abuso.

La primera directiva exime de retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales a sus sociedades matrices y elimina la doble imposición de esos ingresos en la sociedad matriz. Por su lado, la segunda directiva también exonera a los intereses y cánones pagados en el Estado de la fuente de cualquier impuesto, bien mediante retención o bien mediante estimación de la base imponible.

España ha adoptado estas directivas en su normativa interna a través de la LIRNR, así como en la renegociación de algunos convenios para evitar la doble imposición firmados con Estados miembros de la UE, aunque no todos están actualizados.

En cuanto a la LIRNR, el apartado f) del artículo 13 incluye como rentas obtenidas en territorio español y, por tanto, sujetas al impuesto los rendimientos de capital mobiliario provenientes de:

- 1.º Los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de entidades residentes en España.
- 2.º Los intereses y otros rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios satisfechos por personas o entidades residentes en territorio español, o por establecimientos permanentes situados en éste, o que retribuyan prestaciones de capital utilizadas en territorio español.
- 3.º Los cánones o regalías satisfechos por personas o entidades residentes en territorio español o por establecimientos permanentes situados en éste, o que se utilicen en territorio español.

No obstante, el artículo 14 declara exentas estas mismas rentas cuando son obtenidas por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea, con algunas excepciones y cumpliendo una serie de requisitos. Veamos cuáles son:

Intereses (art. 14.c) LIRNR):

La exención concedida en este artículo no aplica, en el caso de ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de acciones/participaciones, cuando:

1. El activo de la entidad consista principalmente, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en territorio español.
2. Durante el periodo de 12 meses precedente a la transmisión, el contribuyente persona física haya participado, directa o indirectamente, en al menos el 25 % del capital o patrimonio de la entidad (caso de la Sra. Dupont).
3. La transmisión no cumpla los requisitos para la aplicación de la exención prevista en el artículo 21 de la LIS, tratándose de contribuyentes personas jurídicas.

Dividendos (art. 14.h) LIRNR):

1º Ambas sociedades deben estar sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios de las entidades jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea, mencionados en el artículo 2.c) de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, y los establecimientos permanentes deben estar sujetos y no exentos a imposición en el Estado en el que estén situados.

2º La distribución del beneficio no puede tener causa en la liquidación de la sociedad filial.

3º Ambas sociedades deben revestir alguna de las formas previstas en el Anexo de la Directiva 2011/96/UE (modificada por la Directiva 2014/86/UE).

4º La relación matriz-filial existirá si la sociedad matriz ostenta una participación directa o indirecta de, al menos, el 5% o el valor de adquisición de la misma fue superior a los 20 millones de euros, y la mantiene durante 12 meses (antes o después).

Cánones (art. 14.m) LIRNR):

1º Ambas sociedades deben estar sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en el artículo 3.a).iii) de la Directiva 2003/49/CE del Consejo.

2º Ambas sociedades deben revestir alguna de las formas previstas en el anexo de la Directiva 2003/49/CE.

3º Ambas sociedades deben ser residentes fiscales en la Unión Europea, sin que puedan considerarse residentes en un tercer Estado, de acuerdo a algún convenio para evitar la doble imposición concluido con ese tercer Estado.

4º Debe tratarse de empresas asociadas, entendiendo como tal que una de ellas posea en el capital de la otra una participación directa de, al menos, el 25%, o que una tercera posea en el capital de cada

una de ellas una participación directa de, al menos, el 25%. Además, la participación debe mantenerse de forma ininterrumpida durante un año (antes o después).

5º Las cantidades pagadas por cánones deben ser deducibles para el establecimiento permanente en el Estado en que esté situado.

6º Que la sociedad que reciba tales pagos sea el beneficiario efectivo de los mismos. En caso de establecimiento permanente, las cantidades que reciba en concepto de cánones deben estar efectivamente relacionadas con su actividad y constituir ingreso computable a efectos de la determinación de su base imponible en el Estado en el que esté situado.

Cláusulas anti-abuso:

1º Las exenciones previstas para los dividendos y los cánones no serán aplicables cuando la sociedad matriz o asociada pertenezca en su mayoría a personas físicas o jurídicas no residentes en Estados miembros de la UE¹⁴, excepto cuando la constitución y operativa de la misma responda a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas.

Esta cláusula no parece que pueda aplicarse en nuestro caso práctico puesto que las filiales de SOFTEC Corporation en Europa, incluida la sede europea irlandesa, una vez se ha constituido, tienen sustancia económica y operan de forma regular e independiente en los países donde están establecidas a través de la organización de sus propios medios materiales y personales. No estamos llevando a cabo la interposición ficticia de una sociedad europea entre SOFTEC Corporation y CONTDATA, S.L. con el único fin de beneficiarnos indebidamente de las exenciones, por lo que bajo nuestro punto de vista no existe riesgo alguno al respecto para nuestros clientes.

2º No será posible acogerse a la exención prevista para los intereses cuando los rendimientos o ganancias patrimoniales se hayan obtenido en paraísos fiscales. De la misma manera, no cabrá la exención por dividendos si la sociedad matriz está situada en un territorio calificado de paraíso fiscal.

Esta cláusula no es una amenaza en nuestro supuesto práctico ya que ninguna de las empresas del grupo SOFTEC ni del grupo CONTDATA están situadas en paraísos fiscales.

A continuación mostramos un cuadro donde se resume la tributación de los intereses, dividendos y cánones en España, en su relación con los diferentes Estados o regiones que pueden intervenir en las operaciones de nuestro supuesto práctico:

¹⁴ En el caso de dividendos, se incluye también a las empresas situadas en países del Espacio Económico Europeo, cuando haya acuerdos de intercambio de información con ellos.

Tributación de Cánones, Intereses y Dividendos en España			
País Destino	Cánones	Intereses	Dividendos
Se constituye filial de SOFTEC Corporation en España que adquiere CONTDATA (escindida), S.L.			
-			
España	Ingreso/ gasto deducible	Gasto deducible con límites (art. 16 LIS)	Exentos (art. 21 LIS)
SOFTEC Corporation compra CONTDATA (escindida), S.L.			
-			
US	Tributación en Destino / no retención en origen	Tributación en Destino / no retención en origen	5% si partic \geq 10% 15% resto casos
Una filial europea de SOFTEC Corporation compra CONTDATA (escindida), S.L.			
-			
UE	Exentos (art. 14.c) LIRNR / Directiva 2003/49/CE)	Exentos (art. 14.m) LIRNR / Directiva 2003/49/CE)	Exentos (art. 14.h) LIRNR / Directiva 2011/96/UE)
Si no aplica la Directiva comunitaria, se debe considerar lo dispuesto en los convenios			
-			
Holanda	6%	10%	10% si partic. \geq 50% solo o conjunto con otra sociedad holandesa 15% resto casos
Inglaterra	Tributación en Destino / no retención en origen	Tributación en Destino / no retención en origen	Exentos, si partic. \geq 10% o plan de pensiones inglés 15% si proviene de rentas de bienes inmuebles 10% resto casos
Francia	5%	10%	15% En destino sólo se someterá a imposición si se ostenta una participación sustancial
Alemania	Tributación en Destino / no retención en origen	Tributación en Destino / no retención en origen	5% si partic \geq 10% 15% resto casos
Irlanda	5/8/10%	Tributación en Destino / no retención en origen	Exentos, si partic \geq 25% 15%, resto casos

Por último, mostramos la tributación por los mismos conceptos, según los convenios para evitar la doble imposición internacional firmados entre EEUU y sus filiales europeas:

Tributación de Cánones, Intereses y Dividendos pagados a EEUU			
País Origen	Cánones	Intereses	Dividendos
Holanda	Tributación en Destino / no retención en origen	Tributación en Destino / no retención en origen	5% si partic \geq 10% 15% resto casos
Inglaterra	Tributación en Destino / no retención en origen	Tributación en Destino / no retención en origen	Exento, si partic. \geq 10% o plan de pensiones inglés 15% si proviene de rentas de bienes inmuebles 10% resto casos
Francia	5%	15%	5% si partic \geq 10% directa o indirecta 15% resto casos
Alemania	Tributación en Destino / no retención en origen	Tributación en Destino / no retención en origen	5% si partic \geq 10% 15% resto casos
Irlanda	Tributación en Destino / no retención en origen	Tributación en Destino / no retención en origen	5% si partic \geq 10% 15% resto casos

Como comentario final, nos parece importante apuntar que desde el 12 de julio de 2008 la explotación comercial de programas de ordenador genéricos no genera cánones, sino que se considera una prestación de servicios, recayendo su tributación en el artículo 7 de Beneficios empresariales del MCOODE en lugar de en el artículo 12 de Cánones.

España modificó en la fecha mencionada sus observaciones a los Comentarios de la OCDE a su Modelo de Convenio de la siguiente forma: “España, México y Portugal no se adhieren a la interpretación que figura en los párrafos 14, 14.4, 15, 16, y 17.1 a 17.4. España, México y Portugal estiman que los pagos relativos a las aplicaciones informáticas –software– se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo cuando se transfiere solamente una parte de los derechos sobre el programa, tanto si los pagos se efectúan en contraprestación de la utilización de un derecho de autor sobre una aplicación –software– para su explotación comercial (excepto los pagos por el derecho de distribución de copias de aplicaciones informáticas estandarizadas que no comporte el derecho de adaptación al cliente ni el de reproducción) como si los mismos corresponden a una aplicación –software– adquirida para uso empresarial o profesional del comprador, siendo, en este último caso, aplicaciones –software– no absolutamente estándares sino adaptadas de algún modo para el adquirente.”

Entendemos que MAXDATA© y GLOBALIA© son productos de software estándar que no se personalizan de manera alguna para los clientes. SOFTEC Corporation y CONTDATA, S.L., actuales

propietarios de los derechos de propiedad intelectual de estos productos, conceden a sus filiales el derecho de distribución de copias de este software estándar sin derecho de adaptación ni reproducción, por lo que consideramos que, en realidad, los pagos por cánones que realizan las filiales de estas compañías deberían considerarse beneficios empresariales y tributar conforme a lo establecido para los mismos en los convenios firmados por los países respectivos.

5º Valoración de las operaciones vinculadas entre las empresas del grupo y sus implicaciones fiscales:

a) Normativa española sobre precios de transferencia.

El régimen de las operaciones vinculadas fue objeto de una profunda modificación por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, desarrollada reglamentariamente por el RD 1793/2008, de 3 de noviembre, cuya finalidad era adaptar nuestra normativa nacional a las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y a las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE. Esta ley introdujo importantes novedades, como valorar las operaciones vinculadas por su precio de mercado, entendido como tal el que se ha acordado entre personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, el ajuste secundario y obligaciones de documentación formal. Lo más relevante, quizás, en relación a la regulación anterior, es que el contribuyente es el obligado “a valorar con este criterio las operaciones vinculadas, reservándose la Administración tributaria la posibilidad de comprobar la valoración efectuada y corregirla en el caso de que ello resultara necesario. Se trata, en fin, de una inversión de la carga de la prueba que facilita, obviamente la labor de la Administración en estos casos”¹⁵.

Con la nueva reforma del IS, se introducen otras novedades a la normativa española de precios de transferencia motivadas por los últimos trabajos elaborados por la OCDE en el marco del Proyecto BEPS, como son la introducción de información país por país, exigible a partir de este ejercicio 2016, la documentación simplificada para las entidades con un importe neto de la cifra de negocios inferior a 45 millones de euros o la restricción del perímetro de vinculación al 25 % de participación. Por otro lado, se elimina la jerarquía de los métodos de valoración de operaciones vinculadas y se flexibiliza el régimen sancionador, resultando menos gravoso, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la LIS.

A continuación exponemos de manera simplificada el régimen de operaciones vinculadas en España atendiendo únicamente a los aspectos que puedan ser de relevancia en nuestro caso práctico. Por ejemplo, y entre otros, no comentaremos las especificidades para las operaciones vinculadas realizadas en paraísos fiscales porque nuestro grupo empresarial no opera en este tipo de territorios.

Concepto de Vinculación (art. 18.2 LIS):

Lo supuestos de vinculación recogidos en el artículo 18.2 de la LIS son los siguientes:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores, salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones.

¹⁵ Blasco Delgado, C.; Urbano, M. (2010). “Reflexiones sobre el actual régimen fiscal de las operaciones vinculadas, con particular atención a su proyección práctica”. Revista de Información Fiscal (núm. 97).

- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.
- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.
- e) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- f) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.
- g) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.
- h) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.

La participación de los socios o partícipes con la entidad deberá ser igual o superior al 25 %.

El concepto de grupo es el definido en el artículo 42 del Código de Comercio.

Valor de Mercado (art. 18.1 LIS y 17 RIS):

Nuestra legislación tributaria establece el principio de trato en igualdad de condiciones (arms's length principle), para valorar las operaciones vinculadas, es decir, se deben acordar precios entre las entidades vinculadas equivalentes al valor normal de mercado que hubieran acordado partes independientes con condiciones de libre competencia. Para determinar este valor de mercado (principal reto en la aplicación de la norma), el artículo 17 del RIS nos ofrece una serie de directrices a seguir.

Según el mencionado artículo, deberemos comparar las circunstancias de las operaciones vinculadas con las circunstancias de operaciones entre personas o entidades independientes que pudieran ser equiparables. Para ello, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias, siempre que sean relevantes y el contribuyente haya podido disponer razonablemente de la información:

- Las características específicas de los bienes o servicios objeto de las operaciones vinculadas.
- Las funciones asumidas por las partes en relación con las operaciones objeto de análisis, identificando los riesgos asumidos y ponderando, en su caso, los activos utilizados.
- Los términos contractuales de los que, en su caso, se deriven las operaciones, teniendo en cuenta las responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos por cada parte contratante.
- Las circunstancias económicas que puedan afectar a las operaciones vinculadas, en particular, las características de los mercados en los que se entregan los bienes o se prestan los servicios.
- Las estrategias empresariales.
- Otra información que el contribuyente considere relevante.

Métodos de Valoración (art.18.4 LIS):

El grado de comparabilidad, la naturaleza de la operación y la información sobre las operaciones equiparables constituyen los principales factores que determinarán la elección del método de valoración más adecuado, de entre los aceptados por el artículo 18.4 de la LIS y que son los siguientes:

- a) Método del precio libre comparable.
- b) Método del coste incrementado
- c) Método del precio de reventa
- d) Método de la distribución del resultado
- e) Método del margen neto operacional

Se podrán utilizar otros métodos y técnicas de valoración generalmente aceptados que respeten el principio de libre competencia cuando los anteriores no resulten de aplicación.

Gastos por Servicios y Acuerdos de Reparto de Costes (art. 18.5 y 18.7 LIS):

Cuando se realicen servicios entre personas o entidades vinculadas es requisito indispensable que estos produzcan una ventaja o utilidad a su destinatario.

En los acuerdos de reparto de costes de bienes o servicios, se deben cumplir con los tres requisitos siguientes:

- a) Las personas o entidades participantes que suscriban el acuerdo deberán acceder a la propiedad u otro derecho que tenga similares consecuencias económicas sobre los activos o derechos que en su caso sean objeto de adquisición, producción o desarrollo como resultado del acuerdo.
- b) La aportación de cada persona o entidad participante deberá tener en cuenta la previsión de utilidades o ventajas que cada uno de ellos espere obtener del acuerdo en atención a criterios de racionalidad.
- c) El acuerdo deberá contemplar la variación de sus circunstancias o personas o entidades participantes, estableciendo los pagos compensatorios y ajustes que se estimen necesarios.

Acuerdos previos de valoración (art. 18.9 LIS y arts. 21-36 RIS):

En los términos establecidos reglamentariamente los contribuyentes pueden someter a aprobación previa por parte de la Administración tributación sus propuestas de valoración de las operaciones vinculadas que van a llevar a cabo. Si la propuesta es aceptada, el acuerdo de valoración suscrito entre las partes surtirá efectos desde la fecha en que se apruebe y podrá tener una validez máxima de 4 años. Asimismo, podrá determinarse que sus efectos alcancen a las operaciones de períodos impositivos anteriores siempre que no hubiese prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación ni hubiese liquidación firme que recaiga sobre las operaciones objeto de solicitud.

Los acuerdos previos de valoración son muy aconsejables por la seguridad jurídica que proporcionan a los obligados tributarios en cuanto a las operaciones vinculadas que realizan, especialmente cuando se está acometiendo una reestructuración empresarial en la que se traspasan funciones, activos y riesgos, como es nuestro caso.

Ajuste bilateral y secundario derivados de la comprobación del valor de mercado (art 10-12 LIS y arts. 19 y 20 RIS):

Si de las labores de comprobación de la Administración tributaria, resulta que el valor convenido para las operaciones vinculadas es distinto del valor de mercado, ésta efectuará un ajuste bilateral, de forma que un mayor ingreso (aumento de la base imponible) para una empresa se corresponderá necesariamente con un mayor gasto (disminución de la base imponible) para la otra entidad afectada, en los términos expresados en el artículo 9 del MCOCDE. Además, se efectuará el correspondiente ajuste secundario derivado de la recalificación de las rentas de acuerdo a su verdadera naturaleza. La LIS especifica la naturaleza de estas rentas en los casos en que las vinculación sea entre socios-partícipes y la entidad, a saber:

Diferencia a favor del socio:

En proporción al porcentaje de participación del socio: Retribución de fondos propios para la entidad y participación en beneficios para el socio.

Exceso: Retribución de fondos propios para la entidad y utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la LIPF para el socio-partícipe.

Diferencia a favor de la entidad:

En proporción al porcentaje de participación del socio: Aportación del socio-partícipe a los fondos propios para la entidad y aumento del valor de adquisición de la participación para el socio-partícipe.

Exceso: Renta para la entidad y liberalidad para el socio-partícipe o ganancia patrimonial si es no residente sin establecimiento permanente (art. 13.1.i).4.º LIRNR).

No habrá lugar para los ajustes explicados arriba si se procede a la restitución patrimonial entre las partes vinculadas.

Obligaciones de Documentación (art.18.3 LIS y arts. 14-16 RIS):

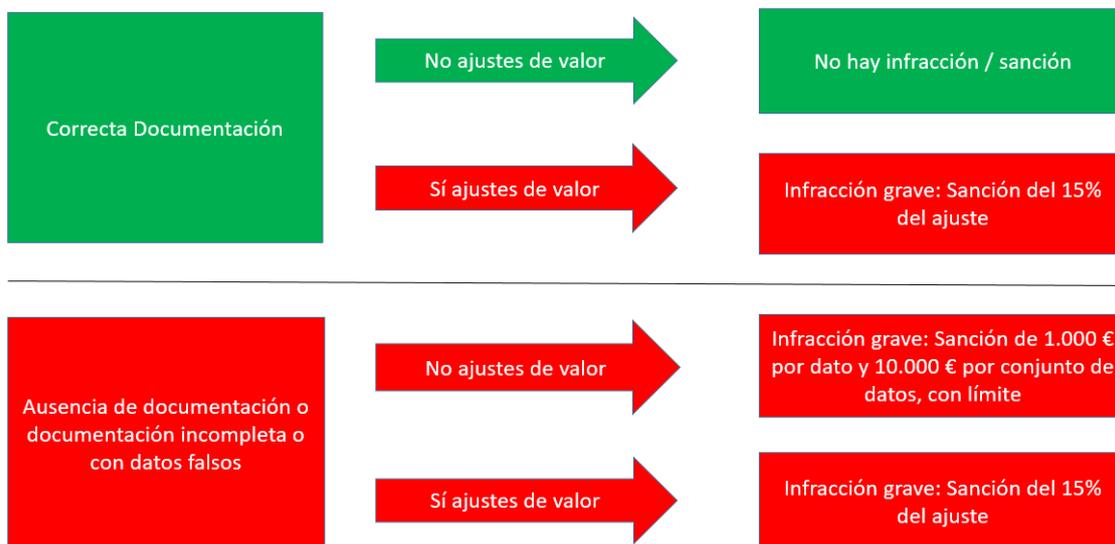
En los cuadros de abajo se recogen las principales obligaciones de documentación establecidas en nuestra normativa tributaria, que se han ampliado considerablemente respecto a la regulación anterior:

Información País por País
Entidades dominantes de un grupo cuyo importe neto de la cifra de negocios sea \geq 750 millones de euros
Ingresos brutos del grupo, distinguiendo los obtenidos con entidades vinculadas o con terceros
Resultados antes del Impuesto sobre Sociedades o análogos
Impuestos sobre Sociedades o análogos satisfechos, incluyendo las retenciones soportadas
Impuestos sobre Sociedades o análogos devengados, incluyendo las retenciones
Importe de la cifra de capital y otros fondos propios existentes en la fecha de conclusión del período impositivo
Plantilla media
Activos materiales e inversiones inmobiliarias distintos de tesorería y derechos de crédito
Lista de entidades residentes, incluyendo los establecimientos permanentes y actividades principales realizadas por cada una de ellas
Otra información que se considere relevante y una explicación, en su caso, de los datos incluidos en la información
Nota: No se prevén sanciones por falta de documentación o documentación falsa o incompleta

D/CD ¹⁶	Documentación relativa al grupo al que pertenezca el contribuyente
<i>Estructura y organización del grupo:</i>	
CD	Descripción general de la estructura organizativa, jurídica y operativa del grupo, así como cualquier cambio relevante en el mismo.
D	Identificación de las distintas entidades que formen parte del grupo.
<i>Actividades del grupo:</i>	
CD	Actividades principales del grupo, así como descripción de los principales mercados geográficos en los que opera el grupo, fuentes principales de beneficios y cadena de suministro de aquellos bienes y servicios que representen, al menos, el 10 % del importe neto de la cifra de negocios del grupo, correspondiente al período impositivo.
CD	Descripción general de las funciones ejercidas, riesgos asumidos y principales activos utilizados por las distintas entidades del grupo, incluyendo los cambios respecto del período impositivo anterior
CD	Descripción de la política del grupo en materia de precios de transferencia que incluya el método o métodos de fijación de los precios adoptados por el grupo.
D	Relación y breve descripción de los acuerdos de reparto de costes y contratos de prestación de servicios relevantes entre entidades del grupo
CD	Descripción de las operaciones de reorganización y de adquisición o cesión de activos relevantes, realizadas durante el período impositivo.
<i>Activos intangibles del grupo:</i>	
CD	Descripción general de la estrategia global del grupo en relación al desarrollo, propiedad y explotación de los activos intangibles, incluyendo la localización de las principales instalaciones en las que se realicen actividades de investigación y desarrollo, así como la dirección de las mismas
D	Relación de los activos intangibles del grupo relevantes a efectos de precios de transferencia, indicando las entidades titulares de los mismos, así como descripción general de la política de precios de transferencia del grupo en relación con los mismos.
D	Importe de las contraprestaciones correspondientes a las operaciones vinculadas del grupo, derivadas de la utilización de los activos intangibles, identificando las entidades del grupo afectadas y sus territorios de residencia fiscal.
D	Relación de acuerdos entre las entidades del grupo relativos a intangibles, incluyendo los acuerdos de reparto de costes, los principales acuerdos de servicios de investigación y acuerdos de licencias
D	Descripción general de cualquier transferencia relevante sobre activos intangibles realizada en el período impositivo, incluyendo las entidades, países e importes.
<i>Actividad financiera:</i>	
CD	Descripción general de la forma de financiación del grupo, incluyendo los principales acuerdos de financiación suscritos con personas o entidades ajenas al grupo.
D	Identificación de las entidades del grupo que realicen las principales funciones de financiación del grupo, así como el país de su constitución y el correspondiente a su sede de dirección efectiva.
CD	Descripción general de la política de precios de transferencia relativa a los acuerdos de financiación entre entidades del grupo
<i>Situación financiera y fiscal del grupo:</i>	
D	Estados financieros anuales consolidados del grupo, siempre que resulten obligatorios para el mismo o se elaboren de manera voluntaria
D	Relación y breve descripción de los acuerdos previos de valoración vigentes y cualquier otra decisión con alguna autoridad fiscal que afecte a la distribución de los beneficios del grupo entre países.
Sanción por omisión o falsedad : CD = 10.000 € y D = 1.000 € Límite: 10% operaciones sujetas a IS, IRPF o IRNR o 1% importe neto cifra de negocios	

¹⁶ D = Dato y CD = Conjunto de Datos

D/CD	Documentación específica del contribuyente
<i>Información del contribuyente:</i>	
CD	Estructura de dirección, organigrama y personas o entidades destinatarias de los informes sobre la evolución de las actividades del contribuyente, indicando los países o territorios en que dichas personas o entidades tienen su residencia fiscal.
CD	Descripción de las actividades del contribuyente, de su estrategia de negocio y, en su caso, de su participación en operaciones de reestructuración o de cesión o transmisión de activos intangibles en el período impositivo
CD	Principales competidores
<i>Operaciones vinculadas:</i>	
D	Descripción detallada de la naturaleza, características e importe de las operaciones vinculadas.
D	Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y número de identificación fiscal del contribuyente y de las personas o entidades vinculadas con las que se realice la operación.
CD	Análisis de comparabilidad detallado
CD	Explicación relativa a la selección del método de valoración elegido, incluyendo una descripción de las razones que justificaron la elección del mismo, así como su forma de aplicación, los comparables obtenidos y la especificación del valor o intervalo de valores derivados del mismo
D	Criterios de reparto de gastos en concepto de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, así como los correspondientes acuerdos, si los hubiera, y acuerdos de reparto de costes.
D	Copia de los acuerdos previos de valoración vigentes y cualquier otra decisión con alguna autoridad fiscal que estén relacionados con las operaciones vinculadas señaladas anteriormente
CD	Cualquier otra información relevante de la que haya dispuesto el contribuyente para determinar la valoración de sus operaciones vinculadas.
<i>Información económico-financiera del contribuyente:</i>	
CD	Estados financieros anuales del contribuyente.
CD	Conciliación entre los datos utilizados para aplicar los métodos de precios de transferencia y los estados financieros anuales, cuando corresponda y resulte relevante
CD	Datos financieros de los comparables utilizados y fuente de la que proceden
Sanción por omisión o falsedad : CD = 10.000 € y D = 1.000 € límite 10% operaciones sujetas a IS, IRPF o IRNR o 1% importe neto cifra de negocios	

Régimen Sancionador (art. 18.3 LIS):**Régimen sancionador de las operaciones vinculadas**

Fuente: Diapositiva de curso Fiscalidad Internacional de CEF-PWC (2012). Reelaborada y actualizada por la autora.

Por último, cabe comentar que tanto la LIRPF como de la LIRNR remiten al artículo 18 de la LIS en cuanto a la regulación de las operaciones vinculadas.

b) Valoración desde un punto de vista fiscal de las operaciones intragrupo de préstamo y “management fees” realizadas entre SOFTEC Ireland Holding y CONTDATA (escindida), S.L.

Préstamo de 2 millones de euros, a tipo de interés del 8% anual con plazo de amortización de 5 años.

Los intereses que CONTDATA (escindida), S.L. pague a SOFTEC Ireland Holding por el préstamo recibido pueden ser deducibles de su base imponible siempre que se hayan valorado conforme a las reglas de operaciones vinculadas explicadas en el apartado anterior, es decir, el tipo de interés pactado entre las dos partes vinculadas debe ser un tipo de mercado. La STS de 4 de octubre de 2010 acepta el interés emitido por el Banco de España como interés de referencia al precio de mercado.

De acuerdo a las estadísticas del Banco de España, una gran empresa paga por préstamos superiores a 1 millón de euros entorno al 3% para los préstamos de más de 1 millón y hasta 5 millones (<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1906.pdf>), por lo que parece que el 8% acordado entre las dos empresas del grupo es excesivo y, si la operación es revisada por la Administración tributaria, aplicará el ajuste bilateral y secundario del que hemos hablado por la diferencia.

Durante el ejercicio 2016, CONTDATA (escindida), S.L. habrá deducido de su base imponible del IS por gastos financieros 160.000 euros (8% de 2 millones de euros), pero la Agencia tributaria únicamente

permitirá la deducción de 60.000 euros (3% de 2 millones de euros), intereses calculados conforme al valor de mercado. De este modo, realizará un ajuste positivo en la base imponible de CONTDATA (escindida), S.L. por importe de 100.000 euros, que tributarán al 25%. De la misma manera, de acuerdo a la condición de bilateralidad, SOFTEC Ireland Holding podrá ajustar negativamente su base imponible, reduciendo sus ingresos financieros por el mismo importe.

Además, considerando que SOFTEC Ireland Holding (socio) posee una participación del 100% sobre CONTDATA (escindida), S.L. (entidad), el ajuste secundario resultará en un pago de dividendos de 100.000 euros de la empresa española a la irlandesa. Si SOFTEC Ireland Holding devuelve los 100.000 euros a CONTDATA (escindida), S.L. con anterioridad a la liquidación, entonces no procederá realizar este ajuste secundario.

La tributación de los dividendos pagados por España a Irlanda la hemos discutido en la pregunta anterior y cabe remitirnos a ella.

Recordamos, finalmente, que la limitación de deducibilidad para gastos financieros no superiores a 1 millón de euros no aplica.

Management fees en función de los ingresos registrados.

La LIS, tal y como hemos visto con anterioridad, exige que los servicios prestados entre empresas vinculadas se valoren a valor de mercado y que produzcan una ventaja o utilidad a su destinatario. Además, si estos servicios se prestan a favor de varias entidades vinculadas, cuando su individualización no sea posible, podrá repartirse la contraprestación total entre todas ellas atendiendo a unas reglas de reparto que sigan unos criterios de racionalidad, es decir, que tengan en cuenta la naturaleza del servicio y las circunstancias en las que se preste, así como los beneficios obtenidos o susceptibles de ser obtenidos por las empresas destinatarias.

La STS de 30 de mayo de 2013 recoge una extensa doctrina jurisprudencial en cuanto a los requisitos necesarios para poder deducir los gastos de apoyo a la gestión o “management fees”, que podemos resumir en los siguientes:

-Que los servicios efectivamente se hayan realizado. No es suficiente con que se muestren los contratos y las facturas, sino que debe poderse acreditar la realidad de los mismos, identificando su naturaleza, condiciones, duración y otras circunstancias relevantes.:“Ciertamente que, como destaca el acuerdo impugnado, el contrato y las facturas aportadas cumplen los requisitos formales exigidos; ahora bien ello no implica en modo alguno que resulte acreditada la efectividad de los servicios y su beneficio para la empresa”; “se refiere a servicios de carácter generalista y de todo tipo, en áreas de gestión, asesoramiento, consejos y estrategia, siendo casi imposible determinar el contenido concreto de los mismos, así como acreditar no sólo su realidad sino también su relación directa con la actividad de la empresa que pretende deducirse el gasto; “no justificándose ni la prestación real del servicio, ni su magnitud, ni las fechas de prestación, ni la cuantificación de los costes facturados por cada servicio, ni

conteniendo las facturas una descripción suficiente de los servicios prestados, al referirse a ellos con la genérica expresión “Admin. Agreement 3)”, que no representa en modo alguno una descripción de la operación en términos suficientes, [...] ha de rechazarse la deducibilidad de los gastos en cuestión y confirmarse las liquidaciones impugnadas”; “no existe en el expediente justificación alguna de la efectiva prestación de los servicios. ni las facturas emitidas identifican servicios concretos y menos aún duración, condiciones y objeto de los mismos, ni en la documentación aportada se hallan informes, documentos ni soportes informáticos en que se plasmaron los supuestos servicios. Obviamente, tampoco resulta, pues, demostrada la correlación que los mismos tengan con los ingresos”.

- Que supongan una utilidad o beneficio para la entidad destinataria, no aceptándose aquellos gastos por servicios que redundan en beneficio de la empresa matriz: “en realidad (los gastos por servicios) no responden a una necesidad de la filial sino a una conveniencia de la matriz que impone a todas las filiales el Plan Contable que ella lleva y que es el americano, [...] por ello no puede considerarse que la cantidad satisfecha por tal concepto retribuya una auténtica contraprestación o servicio prestado en interés de la sociedad reclamante y por el que una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar a otro tercero por la ejecución”; “Es más, como se ha ido poniendo de manifiesto en el análisis de los concretos documentos que integran el expediente, su contenido revela que se trata de actividades y costes asociados con la conveniencia que para la entidad matriz o la cabecera del grupo en Europa (en cuanto ésta ha de coordinar a las filiales en Europa y Oriente Medio y reportar a la Central en Estados Unidos) representa determinada manera de registro contable de las operaciones, consolidación de información económica o financiera, estandarización de procedimientos y modos operativos del personal; es decir, de un conjunto de costes de gestión, uniformidad, control y seguimiento y, en definitiva, de protección de las inversiones que el despliegue del Grupo Dow le representan; pero ninguno de ellos implica una actividad con beneficio o utilidad específica para la entidad española, de modo que una empresa independiente no hubiera estado dispuesta a pagar a una entidad por tales actividades ni las hubiera realizado ella misma, sencillamente porque no las hubiera necesitado, ya que se trata de actividades que no son sino una servidumbre de su inserción en el grupo y que permiten a la matriz el conocimiento y control de la marcha de los negocios de las filiales. De manera que admitir la deducibilidad de estos costes incurridos debido a los intereses de la sociedad matriz (Dow Chemical Company) o de la holding regional (Dow Europe) pondría hacer de peor condición en términos fiscales a entidades españolas independientes no insertas en un grupo multinacional.
- Que los servicios sean necesarios: “por lo que una vez más debemos negar la deducción de aquellos gastos que se correspondan con servicios generalistas cuya naturaleza no se puede determinar, así como aquellos que o bien por tener su propia organización para ejecutarlos, o por no corresponder a servicios que se hayan de prestar a la obligada tributaria, o por corresponder a otros niveles del Grupo Shell o a otras funciones de control y organización, no puedan considerarse necesarios para la actividad de la empresa”; “Así, no habiéndose justificado ni la realidad ni la necesidad del gasto que sustenta la factura cuya deducibilidad se discute, tal y como se exige en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades,

de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución, debemos denegar las pretensiones de la obligada tributaria”; “De lo anterior se desprende claramente que las necesidades de la entidad en cuanto a la índole de servicios supuestamente prestados por Dow en el ámbito de Administración, que aquí se debate, estaban cubiertas perfectamente con los servicios prestados por otras empresas y por su propio personal, careciendo de contenido efectivo los supuestamente prestados por aquélla y que la Inspección rechaza”

Por consiguiente, nos tememos que los cargos intragrupo por los servicios de apoyo de la Dirección en la sede europea irlandesa a la filial española pueden ser cuestionados por las autoridades fiscales españolas, por cuanto que la contraprestación se determina en función del nivel de ingresos de cada filial, “por lo que más que corresponder a la retribución de servicios prestados, lo que hacen es reflejar un reparto, prima facie, de costes estructurales que debe soportar la matriz con el fin de sostener su eficacia empresarial y organizativa”. “Es necesaria la existencia de una vinculación concreta de cada servicio prestado por la empresa matriz a la filial, no siendo posible una deducción de gastos por los servicios comunes al grupo en virtud del volumen de ventas de cada filial, porque el volumen de ventas nada tiene que ver con la concreta actividad desempeñada por la recurrente, sin que la falta de individualización permita admitir la deducción pretendida” (SAN 9 de febrero de 2012).

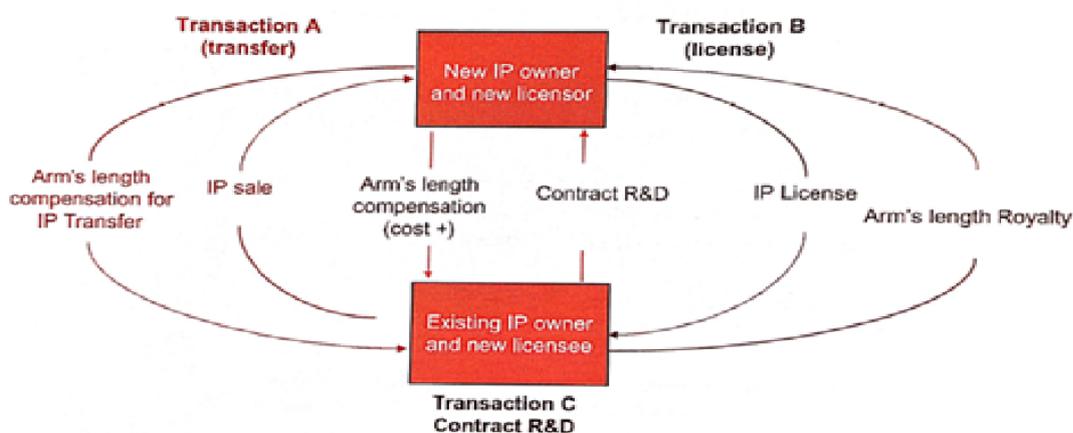
Recomendamos que SOFTEC Ireland Holding se esfuerce en describir en un documento qué tipos de servicios va a prestar; cuándo, dónde, durante cuánto tiempo; por qué motivos; y qué beneficios le reporta a la filial, de una manera individualizada, así como la contraprestación a valor de mercado que se acuerde por los mismos. Asimismo, es importante mantener prueba documental de los trabajos realizados, más allá de los contratos o facturas.

Sólo si se cumplen los tres requisitos que hemos explicado arriba, podremos deducirnos los gastos por servicios intragrupo en el IS.

c) Consideraciones fiscales de la venta de la propiedad intelectual de CONTDATA (escindida), S.L. a SOFTEC Ireland Holding, del acuerdo de reparto de costes de I+D y de los cobros por cánones de Irlanda a España por comercializar el software en este último país.

La operación que se pretende llevar a cabo se puede representar de foma ilustrativa de la siguiente manera:

¹ Intangibles



Fuente: Diapositiva Curso CEF-PWC de Fiscalidad Internacional (2012)

CONTDATA (escindida), S.L. vende a SOFTEC Ireland Holding los derechos de propiedad intelectual de GLOBALIA® por 5 millones de euros. Según el enunciado, en la sede irlandesa se ha centralizado el I+D de software, encargado de mejorar los productos existentes mediante nuevas funcionalidades y corrección de errores, así como de ampliar la cartera de productos de software existente. El cliente nos ha contado que el equipo está trabajando en el desarrollo de un nuevo software de B2B que se complementará perfectamente con GLOBALIA® y MAXDATA®. Pues bien, la filial española contribuirá en los gastos que se incurran de I+D por la sede europea con 1 millón de euros anuales y, además, deberá pagar un royalty por la cesión de uso de la licencias de software para fines comerciales.

Venta de la propiedad intelectual:

La transmisión de la propiedad intelectual de España a Irlanda supone una renta tributable a integrar en la base imponible del IS de CONTDATA (escindida), S.L. por la diferencia entre el valor neto contable (=valor fiscal) y su valor de mercado.

Tratándose de una operación vinculada, el valor de mercado debe determinarse según la normativa de precios de transferencia descrita con anterioridad. Además, la OCDE ha emitido indicaciones específicas en el Capítulo VI de las Directrices sobre Precios de Transferencia para ayudar a fijar el precio de mercado según el principio de libre competencia, consciente de que puede resultar difícil la búsqueda de comparables en operaciones con intangibles. De esta forma, señala la OCDE que, a los efectos de la comparabilidad, deben tenerse en cuenta el punto de vista del transmitente y el del adquirente. El primero consistirá en buscar el precio que una empresa independiente comparable estaría dispuesta a aceptar transferir el activo, mientras que el segundo trataría de saber si una empresa independiente comparable estaría dispuesta a pagar dicho precio en función del valor y de la

utilidad que tenga el intangible en cuestión para su actividad económica. Otros factores a analizar serían: la vida útil del intangible, los beneficios que se esperan obtener, los riesgos inherentes, la red de distribución del licenciario, el carácter exclusivo o no de los derechos transferidos, etc.

La OCDE aconseja utilizar el método del precio libre comparable cuando el transmitente ya haya llevado a cabo operaciones de transferencia de intangibles comparables en el pasado. Asimismo, recomienda basarse en ofertas efectuadas a partes independientes y en pujas auténticas de licenciarios que compitan. El precio de reventa también es un método aceptado en caso de que se ceda el activo objeto de licencia a terceras partes. Por último, si la valoración del intangible es muy incierta, se podría realizar una previsión de los beneficios futuros y acordar precios en función de ciertas variables.

Suponemos que, tras el estudio de comparabilidad descrito, CONTDATA (escindida), S.L. y SOFTEC Ireland Holding han determinado que 5.000.000 € es el valor de mercado en condiciones de libre competencia del software GLOBALIA ©. La valoración fiscal del intangible a transmitir por CONTDATA (escindida), S.L. es 3.525.000 €¹⁷, por lo que la plusvalía asciende a 1.475.000 € y tributará al tipo del 25% aplicable en el ejercicio 2016. El coste fiscal de la venta de los derechos de propiedad intelectual sobre GLOBALIA © es 368.750 €

Acuerdo de Reparto de Costes (ARC):

En el ARC por las actividades de I+D sobre el software que la sociedad irlandesa lleva a cabo, distinguimos claramente una deficiencia en los requisitos que se exigen en el artículo 18.5 LIS, específicamente no se determina la aportación del contribuyente español en función de la previsión de utilidades o ventajas que espera obtener del acuerdo en atención a criterios de racionalidad, sino que se establece una aportación fija de 1 millón de euros para todas las filiales del grupo independientemente de este criterio. Recordemos que el artículo 17 del RIS exige que el ARC incluya, entre otros, los criterios para cuantificar el reparto de los beneficios esperados entre los partícipes y la forma de cálculo de sus respectivas aportaciones.

Además, la OCDE en sus directrices sobre precios de transferencia dice que: "Dado que la noción de beneficio mutuo es fundamental en un ARC, no se considera participante a una parte a menos que pueda esperar un beneficio de la propia actividad del ARC (y no sólo por ejercicio de toda o parte de esa actividad). A un participante se le debe asignar, por tanto, un beneficio efectivo sobre los bienes o servicios objeto del ARC y dotar de una expectativa legítima de la posibilidad de explotar o utilizar, directa o indirectamente, el derecho que le ha sido asignado (por ejemplo a través de acuerdos de licencia o de venta a empresas asociadas o independientes)". (Ver consulta V1462-12).

Por último, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Septiembre de 2012 y de 16 de Julio de 2012, entre otras, fallaron a favor de la Administración tributaria, concluyendo que para que las condiciones

¹⁷ La valoración de este activo sería su valor razonable en caso de que se hubiera llevado a cabo la adquisición de la rama de actividad de software a través de una venta de activos y pasivos. Suponemos que se realizó finalmente a través de la compra de participaciones a efectos de la resolución de este apartado, por lo que mantiene su VNC.

previstas en un ARC respeten el principio de plena competencia, las aportaciones efectuadas por cada participante deben ajustarse a las que una empresa independiente aceptaría en circunstancias comparables, teniendo en cuenta los beneficios que le cabe esperar razonablemente del acuerdo.

Por todo lo anterior, este coste no sería deducible en el IS español por no cumplir con el criterio de correlación de ingresos y gastos. Por tanto, recomendamos que nuestros clientes revisen el criterio por el que se determinan las cantidades de aportación de cada filial.

Otro asunto a considerar es que CONTDATA (escindida), S.L. desde el momento en que se traspasan las funciones de I+D a la sede europea en Irlanda deja de ejercer ese tipo de funciones en España. Por tanto, la subvención que recibió por las actividades de I+D podría revocarse y, si estaba aplicando una deducción por el mismo concepto en el IS, perderá ese derecho desde el momento en que suspenda dichas actividades. En la consulta vinculante V1044-10, la DGT concluye que la empresa consultante puede seguir practicando la deducción por las actividades de I+D que materialmente realice, “excepto por la parte de esa actividad que corresponda a otros sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades integrantes del “pool”, dado que serían estos últimos los que podrían aplicar la deducción sobre los gastos correspondientes a la parte de la actividad cuyos riesgos y beneficios están asumiendo a través de su participación en dicho “pool””. La sociedad consultante, en este caso, no dejaba de participar en las actividades mencionadas sino que eran compartidas con otras empresas del grupo y, por este motivo, se mantiene su derecho a la deducción únicamente por la parte que la consultante aún llevaba a cabo.

Cánones:

Las directrices de la OCDE en lo que respecta a los intangibles establecen que la mera titularidad jurídica de los intangibles no implica por sí sola que la entidad propietaria de los mismos tenga derecho a percibir la totalidad (ni tan siquiera una parte) de los beneficios emanados de la explotación de los mismos. Las entidades del grupo que desarrollen funciones importantes, aporten gran parte de los activos y controlen los riesgos económicamente relevantes, de acuerdo con la delineación de la transacción efectivamente realizada, tendrán derecho a una remuneración proporcional al valor de sus contribuciones.

En nuestro caso particular, entendemos que se puede justificar que SOFTEC Ireland Holding no sólo ostenta la titularidad jurídica, sino que también asume y controla los beneficios y riesgos de la actividad de I+D sobre el software, pues lleva a cabo el diseño y el control de las estrategias de I+D, a la vez que las ejecuta directamente, toma decisiones sobre la protección de la propiedad intelectual, determina los programas de Marketing de producto, y realiza otras funciones relevantes, como la financiación y el control presupuestario. En definitiva, es razonable que SOFTEC Ireland Holding espere obtener un beneficio por los riesgos que asume en el desarrollo de sus actividades económicas.

En este sentido, es difícil que las autoridades fiscales cuestionen a CONTDATA (escindida), S.L. el pago de cánones a la sede irlandesa. No obstante, como hemos apuntado antes, es necesario que se fije el precio de los royalties atendiendo al valor de mercado, realizando los análisis de comparabilidad pertinentes y manteniendo la documentación requerida por nuestra legislación.

En este apartado, finalmente, habría que considerar lo expuesto en la resolución de la pregunta 4 sobre la tributación de los cánones.

Unas recomendaciones generales válidas para lo comentado en esta pregunta a la hora de una posible comprobación por parte de la Administración son¹⁸:

- Que los contratos entre empresas vinculadas delimiten claramente las funciones y los riesgos transmitidos/asumidos.
- Que los contratos reflejen situaciones de plena competencia similares.
- Conservar pruebas o evidencia sobre la realización efectiva de las operaciones.
- Documentar el caso de negocio sobre la reorganización empresarial
- Documentar las sinergias y atribuir las entre las entidades del grupo.

d) Valoración del posible cambio del modelo de negocio: de filiales distribuidoras a comisionistas.

En el contexto actual de la fiscalidad internacional, no podemos recomendar que SOFTEC lleve a cabo el cambio propuesto en su modelo de negocio.

A través del contrato de comisión que SOFTEC Ireland Holding pretende negociar con su filial española (y las demás europeas), ésta última vendería el derecho de uso de licencia de los productos de software de la sociedad irlandesa en España en su propio nombre pero por cuenta de SOFTEC Ireland Holding. De acuerdo a la definición actual de establecimiento permanente (EP) del artículo 5 del MCOUDE, y en concreto de lo previsto en sus apartados 5 y 6, CONTDATA (escindida), S.L. no contaría con un establecimiento permanente en España, siempre que los contratos que celebre con sus clientes no sean vinculantes para SOFTEC Ireland Holding y pueda demostrar su independencia económica, organizativa y funcional. De esta forma, no se podrían imputar dichas ventas a efectos fiscales en España, por lo que los beneficios generados por las mismas no tributarían en territorio español.

Lo anterior se ha corroborado por la DGT en sus consultas vinculantes V2191-08 y V1305-09, que ha entendido que no existe EP, mediando convenio, cuando una sociedad española que opera como comisionista por cuenta de la no residente perteneciente a su grupo, mantiene la independencia funcional y no está sometida a su control: “si la sociedad española mantiene la condición de

18 Blessing, Peter (2014). Tax Planning for International Mergers, Acquisitions, Joint Ventures and Restructurings. Chapter 6. Wolters Kluwer.

independiente y siempre que las instrucciones que recibe de la sociedad suiza, tanto en lo que se refiere a precios como a otro tipo de instrucciones generales de actuación, no supongan un control de su actividad que merme esa condición, debe considerarse que no constituye establecimiento permanente de la sociedad suiza [...]. En otro caso, si dejara de tener la consideración de agente independiente, de forma que sus actos vinculan a la sociedad suiza frente a terceros o que lo realizado por el agente no se modifique en la práctica por la sociedad suiza citada, debería volver a analizarse la situación por si se considerara la existencia de establecimiento permanente”

De la misma manera, diversas sentencias de tribunales nacionales e internacionales se han basado en la interpretación literalista del artículo 5 del MCOCDE para concluir que no existe EP en casos similares en los que las empresas actúan como comisionistas y/o segregan sus funciones para considerarlas “auxiliares o preparatorias” (apartado 4 del art. 5 del MCOCDE). Nos referimos a sentencias como la SAN de 20 de Mayo de 2010 (Caso M-Real), la Sentencia del Consejo de Estado de Francia de 31 de marzo de 2010 (caso Zimmer) o la Sentencia del Tribunal Supremo de Noruega de 2 de diciembre de 2011 (Caso Dell Products).

No obstante, la jurisprudencia al respecto es abundante y errática y en España también hemos encontrado casos de gran repercusión en los que los Tribunales sí han admitido la existencia de EP en España, como ha ocurrido en la famosa STS del 12 de enero de 2012 (Caso Roche), en la STS del 18 de junio de 2014 (caso Borax) o en la SAN de 8 de junio de 2015 (Caso Dell español), que viene a ratificar la anterior Resolución del TEAC del 15 de marzo de 2012.

Pues bien, la frecuencia con la que las empresas multinacionales acuden a reorganizar su estructura operativa o modificar su modelo de negocio, transformando a sus filiales de empresas distribuidoras a comisionistas, en muchas ocasiones limitándose a firmar formalmente contratos de comisión sin que varíen sustancialmente las actividades y funciones desarrolladas por la filial en su país, han preocupado en los últimos años a las Administraciones tributarias de numerosos países y provocado gran litigiosidad y controversias, como hemos visto.

Por ello, la OCDE en el marco de su Proyecto BEPS, ha visto necesario abordar medidas para prevenir el uso de las estrategias comentadas a las que recurren muchas compañías multinacionales para eludir el alcance previsto de la definición de EP aún en vigor y conseguir trasladar sus beneficios fuera del país en el que realmente se efectúan las ventas sin que tenga lugar, como hemos señalado, una modificación sustancial de las funciones desempeñadas en ese país.

Así, en el seno de la Acción 7 del Proyecto BEPS, se modifica el artículo 5 del MCOCDE. En particular, nos interesan las modificaciones de los apartados 5 y 6, que están directamente relacionadas con el objetivo de evitar la exclusión fraudulenta del estatus de EP mediante la articulación de contratos de comisión y estrategias análogas. Tal y como se explica en los informes finales del Plan de Acción BEPS, “como política tributaria, cuando las actividades que realiza un intermediario en un país tienen como finalidad la celebración habitual de contratos que generan obligaciones que habrá de cumplir una empresa extranjera, habrá que considerar que esta empresa tiene una presencia fiscalmente imponible

en ese país en virtud de la que queda justificado su sometimiento a gravamen en el mismo, a menos que el intermediario realice esas actividades en el marco de una actividad independiente”. Estos cambios serán incluidos en el instrumento multilateral donde se plasman los resultados de los trabajos realizados en el marco del Plan de Acción BEPS y que está previsto que firmen todos los países participantes, incluido España, durante el 2016.

Tras la exposición anterior, sólo podemos reiterarnos en desaconsejar a SOFTEC el cambio operativo en su estructura de negocio actual, puesto que con toda probabilidad será cuestionado por las Administraciones tributarias de muchos países en los que opera, especialmente tras las modificaciones que se van a llevar a cabo en el MCOCDE y que estos países ratificarán tras la firma del acuerdo multilateral. Y esto bajo el entendimiento de que sus filiales no van a operar de forma independiente por cuanto la sede central europea y la matriz americana son las que definirán las estrategias generales del grupo, diseñando el Plan de Ventas, de Marketing, el Control Presupuestario y demás actividades que se encuentran centralizadas en Irlanda, de manera que la organización de las actividades en las filiales locales sigue las directrices de la sociedad holding irlandesa y de la matriz americana.

6º Fiscalidad de los trabajadores desplazados y de los despidos.

Impatriados Sra. Taylor y Sr. Thompson:

Los dos directivos de SOFTEC Corporation, la Sra. Taylor y el Sr. Thompson se trasladan a España el 1 de Octubre de 2015, esto quiere decir que adquieren su residencia fiscal en España, de acuerdo al artículo 9 de la LIRPF, en el ejercicio 2016.

Por las rentas obtenidas en territorio español durante los meses de Octubre a Diciembre de 2015, deberán tributar en el IRNR, según las normas establecidas para rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. A partir del 2016 deberán tributar por el IRPF, a menos que opten por el régimen especial para trabajadores desplazados del artículo 93 de la LIRPF, lo que recomendamos sin ninguna duda puesto que supone un ahorro fiscal importante para nuestros clientes, dado el nivel de rentas que obtienen.

La aplicación de este régimen permite tributar por el IRNR, manteniendo la condición de contribuyente por el IRPF, en el período impositivo en que se adquiere la residencia (2016, en nuestro caso) y los 5 siguientes, es decir hasta el 2021 incluido, con las siguientes especificidades:

- No serán de aplicación las exenciones previstas en la normativa de no residentes (recogidas en el artículo 14 LIRNR).
- Todas las rentas del trabajo del contribuyente se entenderán obtenidas en territorio español.
- El resto de rentas obtenidas en territorio español tributarán al tipo de gravamen que aplique según las tablas que abajo mostramos, sin que sean de aplicación los límites de imposición establecidos en los Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España.
- Las rentas no obtenidas en territorio español, a excepción de los rendimientos del trabajo, no tributarán en España, sino en el país que corresponda según su normativa interna.
- Se gravarán acumuladamente las rentas obtenidas durante el año natural, sin posibilidad de compensación alguna entre ellas.
- Todos los inmuebles de los que sea titular el contribuyente, que no estén explotados económicamente o afectos a una actividad económica, generarán la correspondiente imputación inmobiliaria, sin que se pueda excluir de esta imputación a la vivienda habitual.
- No se puede practicar reducción alguna por rendimientos irregulares ni en concepto de mínimos personales o familiares.
- De la cuota tributaria sólo se deducirán:

a) Las cantidades correspondientes a las deducciones por donativos en los términos previstos en el artículo 68.3 de la LIRPF.

b) Las retenciones e ingresos a cuenta que se hubieran practicado sobre las rentas del contribuyente.

Además, el sujeto pasivo mantiene la sujeción por obligación real en el impuesto sobre el patrimonio.

Para acogerse a este régimen, los contribuyentes deben cumplir las siguientes condiciones:

- No haber sido residente en España durante los 10 años anteriores a aquél en el que se produzca el desplazamiento.
- Trasladarse a España en virtud de un contrato de trabajo (excepción de la relación laboral especial de los deportistas profesionales) o carta de desplazamiento, o adquisición de la condición de administrador de una entidad en cuyo capital no participe.
- No obtener rentas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español.

Nuestros clientes cumplen con los tres requisitos arriba mencionados, por lo que podrán beneficiarse de este régimen especial.

La cuota tributaria se determinará aplicando a la base liquidable determinada según las normas del IRNR para rentas obtenidas sin establecimiento permanente la siguiente escala de gravamen:

Base liquidable - Euros	Tipo aplicable - Porcentaje
Hasta 600.000 euros	24
Desde 600.000,01 euros en adelante	45

No obstante, en caso de que las rentas obtenidas sean:

- 1.º Dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de una entidad.
- 2.º Intereses y otros rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.
- 3.º Ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales.

La tabla aplicable será:

Base liquidable - Hasta euros	Resto base liquidable - Hasta euros	Tipo aplicable - Porcentaje
0	6.000	19
6.000	44.000	21
50.000	en adelante	23

La opción por este régimen debe comunicarse a la Administración Tributaria en el plazo de 6 meses desde la fecha de inicio de la actividad que conste en el Alta en la Seguridad Social en España a través del Modelo 149. También se puede, a través del mismo modelo, renunciar a la opción por este régimen o comunicar la exclusión del mismo. Además, la Sra. Taylor y el Sr. Thompson deben presentar la declaración por el IRPF a través del Modelo 151 en las fechas que se determinen para la autoliquidación del IRPF.

Por su lado, la empresa CONTDATA (esciudida), S.L. deberá cumplir con sus obligaciones de retención de acuerdo a las normas del IRNR (art. 114.3 RIRPF) a través de los Modelos 216 y 296.

El tratamiento fiscal según las normas del IRPF de las diferentes rentas que obtienen la Sra. Taylor y el Sr. Thompson es el siguiente:

Salario fijo y variable anual: Son retribuciones dinerarias que constituyen rendimientos íntegros del trabajo de acuerdo al artículo 17 de la LIRPF.

Coche de empresa: El uso para fines particulares de un coche de empresa constituye una retribución en especie (art. 42.1 LIRPF) que debe valorarse según las reglas del artículo 43 de la LIRPF. La consulta vinculante V2005-09 así lo señala : “En primer lugar y con un carácter genérico, procede señalar que en los supuestos de utilización simultánea en los ámbitos laboral y particular de vehículos de empresa resulta necesario establecer un criterio de reparto (entre esa utilización laboral y la particular) en el que, de acuerdo con la naturaleza y características de las funciones desarrolladas por los trabajadores de la empresa, se valore sólo la disponibilidad para fines particulares. Al ser ésta una cuestión de hecho y cuya valoración procederá realizar, por tanto, a los órganos de gestión e inspección tributaria, no puede señalarse un criterio general de determinación [...] No obstante, sí procede matizar que no son aceptables aquéllos que se cuantifiquen en función de las horas de utilización efectiva o kilometraje, pues el parámetro determinante debe ser la disponibilidad para fines particulares. [...] Si esa utilización particular no tiene carácter gratuito, sino que la entidad cobra al sujeto pasivo el coste del arrendamiento financiero correspondiente a esa utilización particular (precio no inferior —por tanto— al de mercado), no existirá retribución en especie para aquel”.

En base a lo anterior, en la práctica la DGT está aceptando, con carácter de mínimos, la asignación al uso particular del coche de empresa de 2/7 para el caso de personal en departamentos de ventas o técnicos que deban viajar con frecuencia a casa del cliente y de 1/2 para directivos y personal en departamentos de estructura.

El artículo 43.1.b) de la LIRPF establece para los supuestos de cesión de uso de un coche que no es propiedad de la empresa, como es nuestro caso, que la renta en especie será el 20% del coste de adquisición del vehículo sobre el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuese nuevo.

De esta forma, el importe íntegro a imputar en la base imponible por rendimientos del trabajo para la Sra. Taylor y el Sr. Thompson se calculará de la siguiente manera:

Sra. Taylor: $55.000 \times 20\% \times 1/2 = \underline{5.500 \text{ €}}$

Sr. Thompson: $40.000 \times 20\% \times 2/7 = \underline{2.286 \text{ €}}$

No obstante, como hemos señalado antes, éste es un criterio de mínimos bastante arriesgado que las autoridades fiscales pueden poner en entredicho. Un trato más conservador y que nosotros recomendamos a nuestros clientes es imputar el 100% a uso particular los días de vacaciones y festivos en que, necesariamente, el coche está a disposición exclusiva del empleado y aplicar los ratios comentados al resto de días del año.

Días del período laboral = $365 - 30$ (días de vacaciones) -14 (días festivos) = 321 días. No excluimos los fines de semana porque se tienen en cuenta en el criterio de $1/2$ y $2/7$ ¹⁹.

Días de uso particular Sra. Taylor = $44 + 1/2 \times 321 = 44 + 161 = 205$ días.

Días de uso particular Sr. Thompson = $44 + 2/7 \times 321 = 136$ días.

Sra. Taylor: $55.000 \times 20\% \times 205/365 = \underline{6.178 \text{ €}}$

Sr. Thompson: $40.000 \times 20\% \times 136/365 = \underline{2.981 \text{ €}}$

Costes del traslado en el 2015: CONTDATA (escindida), S.L. ha pagado directamente los vuelos y las facturas de la empresa de mudanzas de sus empleados impatriados por importe total de 10.000 y 7.500 euros. El artículo 9.B.2 del RIRPF establece que estarán exceptuadas de gravamen las cantidades que se abonen al contribuyente con motivo del traslado de puesto de trabajo a municipio distinto, siempre que dicho traslado exija el cambio de residencia y correspondan, exclusivamente, a gastos de locomoción y manutención del contribuyente y de sus familiares durante el traslado y a gastos de traslado de su mobiliario y enseres. Por consiguiente, estas rentas resultan exentas y nuestros clientes no deben tributar por ellas.

Alquiler anual de la residencia habitual: Se considera retribución en especie del trabajo (art. 42.1 LIRPF) y debe valorarse según lo establecido por el artículo 43.1.1ºd) de la LIRPF, es decir, por el coste para el pagador incluidos los tributos que graven la operación, no pudiendo ser inferior el valor resultante a la valoración que se debe dar al uso de una vivienda en propiedad del pagador. En nuestro caso, la vivienda no es propiedad de CONTDATA (escindida),S.L. y el coste del alquiler para la empresa es de

¹⁹ Evidentemente, ante la falta de concreción por parte de la Administración tributaria sobre la determinación de los días de uso particular del vehículo, las empresas aplican criterios diferentes más o menos razonables en función también de su tendencia o aversión al riesgo. Nosotros hemos seleccionado uno de ellos, que creemos que está en un punto medio; ni demasiado arriesgado ni demasiado conservador.

36.000 euros por la vivienda de la Sra. Taylor y 24.000 euros por la vivienda del Sr. Thompson. Ambas cantidades formarán parte de la base imponible de los empleados impatriados.

Cuota anual colegio internacional hijos: Es una retribución del trabajo en especie pero está exenta en virtud del artículo 42.3.d) de la LIRPF

Bonus de expatriación anual: Constituye remuneración del trabajo dineraria de acuerdo al artículo 17 de la LIRPF. Si los trabajadores fueran expatriados en lugar de impatriados podrían disfrutar del régimen de excesos del artículo 9.A.b).4º RIRPF que exceptúa de gravamen el exceso que perciban los empleados de empresas, con destino en el extranjero, sobre las retribuciones totales que obtendrían por sueldos, jornales, antigüedad, pagas extraordinarias, incluso la de beneficios, ayuda familiar o cualquier otro concepto, por razón de cargo, empleo, categoría o profesión en el supuesto de hallarse destinados en España. El bonus de expatriación está previsto para compensar a los empleados por las dificultades de la expatriación, para equiparar la retribución al nivel de vida en el otro país o para conseguir la llamada ecualización fiscal de manera que el empleado no pague más impuestos en el país al que está destinado en comparación con los que pagaría en España por la misma retribución. Este bonus de expatriación no tributaría en España si el empleado es destinado a un país extranjero. Sin embargo, no es el caso que nos ocupa, por lo que estas rentas están sujetas y no exentas en nuestro supuesto práctico. La Sra. Taylor y el Sr. Thompson deberán integrar en su base imponible 130.000 y 90.000 euros respectivamente por este concepto.

En definitiva, la cuota tributaria del ejercicio 2016 de la Sra. Taylor y del Sr. Thompson será la siguiente:

Sra. Taylor:

Retribuciones totales computables = 550.000 + 350.000 + 6.178 + 36.000 + 130.000 = 1.072.178 €

Cuota tributaria = 600.000 x 24% + 472.178 x 45% = 356.480 € según el régimen especial de impatriados Vs la cuota tributaria del régimen general que sería 470.472 € (según programa de retenciones 2016 de la AEAT)

Sr. Thompson:

Retribuciones totales computables = 275.000 + 150.000 + 2.981 + 24.000 + 90.000 = 541.981 €.

Cuota tributaria = 549.481 x 24 % = 130.075 € según el régimen especial de impatriados Vs la cuota tributaria del régimen general que sería 231.914 € (según programa de retenciones 2016 de la AEAT)

Traslado a EEUU del Sr. Robles:

El Sr. Robles durante el ejercicio 2016 perderá su condición de residente fiscal en España según las disposiciones del artículo 9 de la LIRPF. La principal consecuencia fiscal de la pérdida de residencia en España son los impuestos de salida a los que se someterá sólo por el cambio de residencia.

En primer lugar, en virtud del artículo 81.3 de la LIS, el socio que se haya acogido al régimen especial de diferimiento fiscal en operaciones de reestructuración empresarial y traslade su residencia al

extranjero, perdiendo su condición de residente en territorio español, deberá integrar en la base imponible del IRPF del último período impositivo que deba declararse, la diferencia entre el valor de mercado de las participaciones y el valor fiscal que se les atribuyó en base a la regulación del régimen especial, salvo que las mismas queden afectas a un establecimiento permanente situado en territorio español.

El Sr. Robles, cuando tuvo lugar la escisión parcial de la rama de actividad de consultoría, se acogió al régimen especial mencionado, quedando valoradas en 49.502 € (530 participaciones x 93,40 €) las participaciones de TECHCON, S.L. que recibió a cambio, como vimos en la resolución del punto primero, mientras que el valor de mercado de la rama de consultoría informática era de 4 millones de euros y es el valor que se le otorga a la empresa TECHCON, S.L. y, por tanto, a las participaciones totales²⁰. Si entendemos que este valor se mantiene a 31 de Diciembre de 2015, el importe a integrar en la declaración de la renta del Sr. Robles del ejercicio 2015 será (4 millones €/ 2 socios) 2.000.000 – 49.502 = 1.950.498 € y tributará según la siguiente escala:

Base liquidable – Hasta euros	Resto base liquidable – Hasta euros	Tipo 2015 – Porcentaje	Tipo 2016 – Porcentaje
0	6.000	19,5	19
6.000	44.000	21,5	21
50.000	En adelante	23,5	23

La cuota tributaria será, por tanto, de $6.000 \times 19,5\% + 44.000 \times 21,5\% + 1900.498 \times 23,5\% = 457.247$ €. Además, el pago de la deuda tributaria no se podrá aplazar hasta que las participaciones se transmitan a terceros de forma efectiva, porque el Sr. Robles no se traslada a un Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria. Por tanto, el Sr. Robles deberá hacer efectivo el pago de la misma en los plazos establecidos reglamentariamente.

No obstante, si el Sr. Robles adquiriese de nuevo la condición de contribuyente del IRPF sin haber transmitido la titularidad de las participaciones, podrá solicitar la rectificación de la autoliquidación al objeto de obtener la devolución de las cantidades ingresadas correspondientes a las ganancias patrimoniales reguladas con motivo de su traslado a EEUU.

²⁰ A falta de prueba que demuestre un valor de mercado inferior, la Administración tributaria requiere que se utilice el mayor de los dos siguientes:

- El patrimonio neto que corresponda a los valores resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.
- El que resulte de capitalizar al tipo del 20 % el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.

En nuestro caso, estos dos últimos valores serían, probablemente, inferiores a los 4 millones de euros por lo que la tributación resultante sería considerablemente inferior.

Esta imposición de salida se habría podido evitar si, como ya recomendamos en la primera pregunta, los socios de CONTDATA, S.L. hubieran constituido previamente una sociedad holding española, que ostentaría las participaciones de TECHCON, S.L., puesto que la empresa holding sí que mantiene su residencia fiscal en España, independientemente del desplazamiento del Sr. Robles, y, por tanto, las participaciones quedarían afectas a un establecimiento permanente en territorio español, exonerando de tal modo de gravamen a estas rentas latentes.

Aún así, el Sr. Robles por las participaciones que tuviera en la sociedad holding española o por otras acciones o participaciones de otras empresas cuya titularidad ostentara, debe enfrentarse a otro impuesto de salida sobre rentas latentes, introducido como novedad en la última reforma del IRPF. Nos referimos a las ganancias patrimoniales por cambio de residencia reguladas en el artículo 95.bis de la LIRPF y 121-123 RIRPF.

De acuerdo a la nueva normativa, debido a su cambio de residencia a EEUU, el Sr. Robles deberá imputar como ganancia patrimonial en su declaración de la renta del ejercicio 2015 (el último en el que deberá declarar por el IRPF español) la diferencia positiva entre el valor de mercado en la fecha de devengo del impuesto de las acciones o participaciones que posea y su valor de adquisición.

Las condiciones que determinan que el Sr. Robles deba declarar esta ganancia patrimonial por cambio de residencia, además de, como es obvio, su salida al extranjero son:

- Que haya sido contribuyente por el IRPF durante al menos diez de los quince períodos impositivos anteriores al último ejercicio que deba declararse por este impuesto.
- Que el valor de mercado de las acciones o participaciones exceda de 4 millones de euros.
- Que, alternativamente, su porcentaje de participación sea superior al 25% y además el valor de mercado de las participaciones exceda de 1 millón de euros.

Afortunadamente, el Sr. Robles podrá aplazar, previa solicitud y bajo la constitución de ciertas garantías, el pago de la deuda tributaria por cuanto se desplaza por motivos laborales a un país que no tiene calificación de paraíso fiscal. En teoría, este desplazamiento debe ser temporal y no superar los cinco ejercicios, pero es posible solicitar a la Administración tributaria la extensión de este plazo por cinco períodos impositivos más siempre que existan circunstancias que justifiquen un desplazamiento temporal más prolongado.

El aplazamiento vencerá como máximo el 30 de junio del año siguiente a la finalización del plazo mencionado, fecha en la que deberá pagarse la deuda tributaria. Pero si el Sr. Robles adquiere de nuevo la condición de contribuyente por el IRPF en cualquier momento dentro de ese período de los cinco ejercicios sin haber transmitido la titularidad de las acciones o participaciones, la deuda tributaria objeto de aplazamiento quedará extinguida, así como los intereses que se hubiesen devengado.

Es cierto que el traslado del Sr. Robles se ha planteado de manera permanente, pero el plazo que concede la Administración tributaria es bastante amplio como para entender que después de unos años trabajando en EEUU, el Sr. Robles se plantee volver a España, así que podría solicitar el aplazamiento siempre que SOFTEC Corporation le emita un documento justificativo de la relación laboral que motiva el traslado.

El aplazamiento de la deuda tributaria también se puede solicitar por otros motivos distintos siempre que el país de destino tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información con España, como es el caso de EEUU. Sin embargo, en este caso, el plazo de los cinco años no podrá prolongarse.

Y una última opción, que no recomendamos, puesto que el diferimiento del tributo en sí ya supone una ventaja fiscal para el contribuyente, sería realizar el pago de la deuda tributaria de forma inmediata en su declaración del ejercicio 2015, y si antes de que transcurran los cinco años siguientes el Sr. Robles adquiere de nuevo la condición de contribuyente de IRPF sin haber transmitido la titularidad de las acciones y/o participaciones, la Agencia tributaria procederá a la devolución del ingreso efectuado.

Nuestra recomendación, por tanto, es que el Sr. Robles gestione el aplazamiento por motivos laborales, que puede llegar a los diez años desde el último en el que se deba declarar por el IRPF, es decir, hasta el 2025. El Sr. Robles debería ser residente fiscal en España en el 2026, y el 30 de junio del 2027 se extinguiría la deuda tributaria al presentar su declaración de la renta del año anterior, siempre que aún no hubiera transmitido las acciones y/o participaciones.

De nuevo, constatamos que la creación de la holding española ayuda a diferir el pago de impuestos a nuestro contribuyente.

Finalmente, cabe hacer mención sobre el profundo debate y litigiosidad que han emanado de los diferentes “exit taxes” que los Estados Miembros de la UE han impuesto en sus normativas nacionales a personas físicas y jurídicas. La polémica principal se centraba en que la imposición de salida atentaba contra los principios de libertad de establecimiento (art. 49 TFUE), derecho de residencia (art. 21 TFUE) y libre movimiento de personas y capitales (artículo 45 y 63 TFUE). Desde los primeros casos que el TJUE ha resuelto en relación a los impuestos de salida sobre personas físicas (De Lasteyrie du Saillant, asunto C-9/026 y N, asunto C-470/047) hasta los más recientes referidos a personas jurídicas (Spain, asunto C-64/11, National Grid, asunto C-371/105 y DMC, asunto C-164/12), se ha ido sentando una jurisprudencia no siempre coherente y muy controvertida, cuyo estado de situación actual podemos decir que es el siguiente²¹:

²¹ BDO (2014). “Exit Taxation in Europe”. European Union Direct Taxes, Centre of Excellence.

- Un Estado Miembro puede someter a imposición en su territorio las ganancias patrimoniales no realizadas cuando se produzca el traslado de una compañía o la transferencia de activos al extranjero.
- No está permitido exigir una tributación inmediata sin ofrecer otras alternativas, como la posibilidad de diferir el pago de la deuda tributaria sobre las plusvalías latentes.
- Se considera una medida razonable fraccionar los pagos del impuesto de salida en un período de cinco años, aunque las ganancias de capital no se hubieran materializado aún, en base al criterio de que a mayor tiempo mayor riesgo de no cobrar el impuesto, cuando se trata de activos que difícilmente se venderán a terceros.
- El requerimiento de proporcionar una garantía o aval bancario puede imponerse, bajo el criterio de riesgo del punto anterior, siempre analizada la situación caso a caso.

Basado en lo anterior, la Comisión Europea ha emitido una propuesta de Directiva anti-evasión fiscal dentro del paquete de medidas presentado el pasado 29 de enero de 2016, que pretende incorporar varias de las Acciones recomendadas por el Proyecto BEPS de la OCDE. En esta Directiva se tratan también los impuestos de salida (“Exit taxation”) y , a este respecto, recomienda que el Estado Miembro de origen grave la plusvalía latente por la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal del mismo cuando se transmitan determinados activos o se traslade la residencia al extranjero. Cuando la transferencia o traslado se realice a otro Estado Miembro de la UE, la deuda tributaria podrá pagarse a plazos durante un período de cinco años o hasta que la ganancia patrimonial se materialice a través de la enajenación a terceras personas, si esto ocurre antes. Se pueden cargar intereses por este diferimiento o aplazamiento y, en caso de que exista un riesgo alto de no cobrar la deuda tributaria, se puede imponer la constitución de garantías. El Estado Miembro de destino debe permitir la revalorización a efectos fiscales de los activos recibidos a valor de mercado.

Viajes al extranjero de los técnicos de preventa:

Varios técnicos de producto, empleados de CONTDATA (escindida), S.L., pertenecientes al departamento de preventa viajarán a diferentes países de la UE donde se encuentran ubicadas las filiales de SOFTEC Corporation para impartir formación sobre el producto y apoyar en las oportunidades de venta, de manera que los empleados de las filiales conozcan las especificidades técnicas y obtengan una capacitación que les permita vender de manera autónoma el producto de software GLOBALIA® en sus respectivos países.

Los empleados no perciben una retribución adicional por estos trabajos que se llevarán a cabo en el extranjero de una forma temporal.

La LIRPF en su artículo 7.p) permite la exención de los rendimientos percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, siempre que se cumplan los siguientes requisitos²²:

1. Los trabajos deben realizarse efectivamente en el extranjero.

El cumplimiento de este requisito exige, no solamente el desplazamiento físico del trabajador fuera de España, sino también que los trabajos se efectúen realmente en el extranjero y no desde España, para lo cual será necesario que el centro de trabajo se fije, aunque sea de forma temporal, fuera de España.

2. Los trabajos deben realizarse para una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente situado en el extranjero, por lo que la norma se refiere básicamente a los supuestos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Ahora bien, cuando la citada prestación de servicios tiene lugar en el seno de un grupo de empresas, debemos atenernos a las condiciones establecidas para servicios intragrupo dentro de las normas sobre operaciones vinculadas del artículo 18.5 de la LIS y que hemos tratado en la solución de la pregunta 5.b) de “management fees”. Como vimos, los requisitos son tres: efectividad, utilidad y necesidad de los servicios prestados.

A este respecto, varias consultas vinculantes aclaran qué servicios pueden considerarse o no efectuados en beneficio de la entidad extranjera de la siguiente manera: “habría que determinar si la actividad supone un interés económico o comercial para un miembro del grupo que refuerza así su posición comercial. Es decir, si, en circunstancias comparables, una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar a otra empresa independiente la ejecución de esta actividad o si la hubiera ejecutado ella misma internamente. Si la actividad no es de las que una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar por ella o hubiera ejecutado ella misma, no debería, en general, considerarse que el servicio se ha prestado.

El análisis dependerá de los hechos y circunstancias que concurran en cada caso en concreto. Pero sí que debe señalarse que éste será más complejo cuando la actividad afecte a varios miembros del grupo o al conjunto del grupo.

En determinados casos, puede ejecutarse una actividad intragrupo asociada a varios miembros del grupo aún cuando algunos de ellos no tengan necesidad de ella, y por lo tanto no estuvieran dispuestos a pagarla si fueran empresas independientes. Esta actividad sería de las que un miembro del grupo, normalmente, la sociedad matriz o una sociedad holding regional, realiza debido a sus intereses en uno o varios miembros del grupo, por ejemplo, en su calidad de accionista. Esta clase de actividad no justificaría una retribución a cargo de las sociedades que se beneficien de la misma, y por tanto en estos casos no cabe considerar que se ha prestado un servicio intragrupo. Así pues, en relación con

²² Ver consultas vinculantes V0228-12 y V0665-13, entre otras.

los desplazamientos para la realización de actividades que un miembro del grupo realiza debido a sus intereses y por tanto asociados a la estructura jurídica de la matriz, no puede entenderse que estamos en presencia de una prestación de servicios intragrupo en el sentido señalado en el primer párrafo del apartado 5 del artículo 16 del TRLIS.

No obstante, pueden darse otras actividades que pueden afectar al grupo en su conjunto, y que, en ocasiones, están centralizadas en la sociedad matriz o en un centro de servicio de grupo y puestas a disposición del grupo o de varios de sus miembros. Las actividades que se centralizan dependen del tipo de negocio y de la estructura organizativa del grupo pero, en general, suelen incluir servicios administrativos tales como planificación, coordinación, control presupuestario, asesoría financiera, contabilidad, servicios jurídicos, factoring, servicios informáticos; servicios financieros tales como la supervisión de los flujos de tesorería y de la solvencia, de los aumentos de capital, de los contratos de préstamo, de la gestión de riesgo de los tipos de interés y del tipo de cambio y refinanciación; asistencia en las áreas de producción, compra, distribución y comercialización; y servicios de gestión de personal, especialmente en lo que se refiere al reclutamiento y a la formación. En general, las actividades de este tipo se considerarán como servicios intragrupo dado que son el tipo de actividades que una empresa independiente estaría dispuesta a pagar o a ejecutar por sí misma”.

En el supuesto que nos ocupa, CONTDATA (escindida), S.L. presta servicios de capacitación profesional sobre su producto y de apoyo técnico que mejorarán sin duda la posición comercial de las filiales en Europa, por lo que representa un interés económico para las mismas. Se demuestra que son las filiales europeas de SOFTEC Corporation las beneficiarias últimas y efectivas de los servicios prestados y que son necesarios para el desarrollo de su actividad comercial de venta de software, de modo que si la formación y el apoyo técnico no los obtuvieran de CONTDATA (escindida), S.L., debería subcontratarlos a un proveedor de servicios tercero, por ejemplo a un distribuidor o partner independiente.

Además, un indicio de que se crea un valor añadido para las filiales no residentes sería que las mismas retribuyeran la prestación de servicios a CONTDATA (escindida), S.L.. Es decir, la facturación de los servicios no demuestra por sí sola que se cree una utilidad para la entidad no residente, pero sí es un indicio más que puede justificar la existencia de ese valor añadido, junto con los contratos y otros documentos que prueben la existencia, utilidad y necesidad de los servicios realizados, tal y como discutimos en la pregunta 5.b).

3. En el territorio extranjero en el que se realicen los trabajos debe aplicarse un impuesto de naturaleza idéntica o similar a la del IRPF, territorio que no debe tratarse de un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Dicho requisito se entenderá cumplido cuando el país o territorio en el que se realicen los trabajos tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información.

Por último, según lo establecido en el artículo 6.2 del RIRPF, esta exención tiene un límite máximo de 60.100 euros anuales y la cuantificación de las rentas exentas de las retribuciones no específicas se realiza de la siguiente manera: en el numerador se cuantificará la parte de las retribuciones no específicas obtenidas por el trabajador en el año del desplazamiento y en el denominador el número total de días del año (365 días con carácter general o 366 días si es año bisiesto). Una vez obtenido el cálculo anterior, las rentas que gozan de exención se calcularán aplicando dicho cociente a los días laborables en que los trabajadores han estado desplazados en el extranjero para efectuar el trabajo contratado.

Ponemos a continuación un ejemplo:

La trabajadora Laia Ortiz ha percibido 75.000 euros brutos como rendimientos íntegros del trabajo durante el ejercicio 2016. Laia ha prestado servicios que cualifican para la exención 7p) a otras filiales del grupo en el extranjero. Ha estado, en total, 75 días en el extranjero efectuando los trabajos contratados por las filiales. El cálculo de las rentas exentas será el siguiente: $75.000 \times 75/365 = 15.411$ €. La trabajadora Laia pagaría por la totalidad de sus ingresos (75.000 €) una cuota tributaria de 21.795€, mientras que aplicando la exención 7p) sería de 15.213 € (datos obtenidos del programa de retenciones del 2016)

Es muy importante que se establezca un procedimiento interno de aplicación de la exención del artículo 7p) aplicable a todos los empleados y que se mantenga una buena documentación que soporte el desplazamiento y el contenido de los servicios realizados: Ejemplos de esta documentación a preservar son: las tarjetas de embarque, facturas de hoteles, taxis y restaurantes que demuestren el desplazamiento al extranjero del trabajador, así como agendas de los trabajadores desplazados, actas de reuniones, intercambio de e-mails con los clientes, que demuestren la naturaleza y realidad de los servicios.

Caben dos posibilidades de aplicación práctica de esta exención:

1º Que la empresa aplique la exención directamente en la nómina del trabajador, reduciendo las retenciones correspondientes, lo que resulta en un mayor importe neto para el trabajador cada mensualidad.

En este caso, la empresa es la responsable última por ser la obligada a retener correctamente, por lo que si la Inspección decidiera que los servicios realizados no califican para aplicar la exención, sería la empresa la responsable de pagar la regularización con los intereses y sanciones que apliquen a la Agencia tributaria. Por tanto, cabe ser precavido en la aplicación de esta exención, ser meticulosos en los requisitos a cumplir y, si es posible, someter a consulta vinculante nuestro caso.

2º Que la empresa retenga al trabajador por el importe íntegro de sus retribuciones del trabajo, certificando en el modelo 190 las rentas que considera exentas por aplicación del 7p) y que, finalmente, el trabajador recupere el exceso de retenciones realizadas a través de su declaración de la renta. Este enfoque es más conservador porque la empresa no incumple con sus obligaciones de retener aún en

el caso de que la Inspección no acepte la aplicación de la exención y, normalmente, la carga de la prueba se traslada al empleado. Es decir, la Inspección abrirá expediente al empleado quien puede solicitar información o documentos a la empresa pero inicialmente será éste quien deba interactuar con la Administración tributaria, al contrario de lo que ocurre en el primer supuesto.

Esta exención es incompatible con el régimen de excesos para contribuyentes destinados en el extranjero previsto en el artículo 9.A.3.b) del RIRPF, que declara dieta exceptuada de gravamen al exceso que perciban los empleados de empresas, con destino en el extranjero, sobre las retribuciones totales que obtendrían por sueldos, jornales, antigüedad, pagas extraordinarias, incluso la de beneficios, ayuda familiar o cualquier otro concepto, por razón de cargo, empleo, categoría o profesión en el supuesto de hallarse destinados en España.

Los contribuyentes por el IRPF pueden escoger entre aplicar este régimen de excesos o la exención 7p).

Fiscalidad de los despidos:

El artículo 7.e) de la LIRPF declara exentas las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, excluyendo las indemnizaciones percibidas en virtud de convenio, pacto o contrato, pero con el límite general de 180.000 euros.

El disfrute de esta exención queda condicionado, según el artículo 1 del RIRPF, a que exista una real efectiva desvinculación del trabajador con la empresa, condición que se considera cumplida si el empleado no presta sus servicios en la misma empresa o en otra vinculada durante los tres años siguientes al despido o cese. Pasado este período, podrá ser recontratado por la empresa sin consecuencias fiscales en cuanto a la indemnización percibida.

Las cuantías máximas exentas de tributación, siempre que no sobrepasen los 180.000 euros, son las siguientes:

- 1- Despido colectivo o por causas objetivas: 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades.
- 2- Despido improcedente: 45 días por año de servicio para el período de tiempo trabajado hasta el 12 de febrero de 2012 y 33 días por año trabajado a partir de esa fecha con un máximo de 720 días de salario. Para los contratos que se formalizaron a partir del 12 de febrero de 2012, la indemnización obligatoria es de 33 días por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades.

La LIRPF, no obstante, también permite la exención del exceso de indemnización sobre los 20 días y hasta el límite establecido con carácter obligatorio para el despido improcedente en los supuestos de

despido colectivo o despido objetivo siempre que se deba a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor.

Es importante señalar que es necesario que se produzca conciliación o resolución judicial para los despidos improcedentes producidos a partir del 8 de julio de 2012, de manera que ni la Agencia Tributaria ni el Servicio Público de Empleo puedan interpretar que el despido ha sido pactado entre la empresa y el trabajador. (Ver V1802-2012).

Por su lado, en virtud del artículo 15 de la LIS, las empresas españolas podrán deducir los gastos en los que incurran por indemnización por despido o cese de sus trabajadores, siempre que no excedan de los siguientes importes, aún cuando se satisfagan en varios períodos impositivos:

1º 1 millón de euros.

2º El importe establecido con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato, detallados arriba. De nuevo, al igual que se prevé en la normativa del IRPF, en el caso de despido colectivo o despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, será el importe establecido con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.

A estos efectos, se computarán las cantidades satisfechas por otras entidades que formen parte de un mismo grupo de sociedades.

CONCLUSIONES

En las operaciones de reestructuración empresarial internacional tanto las que implican cambios legales en las formas jurídicas de las empresas como las que suponen una reorganización de sus actividades y recursos o en una combinación de ambas, como es nuestro caso, es imprescindible que entre el juego la planificación fiscal internacional desde el comienzo de su planteamiento. Existen multitud de opciones y variables a tener en cuenta necesariamente para que los costes fiscales no supongan un impedimento a este tipo de operaciones. La planificación fiscal nos ayuda a determinar las cargas tributarias inherentes a cada transacción, evitando pagar de más o de menos según la naturaleza del negocio o negocios jurídicos que se llevan a cabo. De este modo, las estructuras jurídicas y organizativas que se planifiquen deben responder, en primer lugar, a la mejora de la eficiencia empresarial, lo que asegurará la supervivencia de la empresa y, en segundo lugar, a minimizar la carga fiscal de las operaciones y del grupo resultante. Conviene estudiar la reestructuración de forma global, como un todo, y no centrarse exclusivamente en la tributación de cada una de las transacciones que se realizan de forma individual, puesto que perderíamos la perspectiva que nos permite racionalizar la fiscalidad de las reestructuraciones empresariales desde el antes, el durante y el después.

En nuestro supuesto de hecho, hemos comprobado que la constitución de una empresa holding española que controlara dos empresas diferentes dedicadas cada una a una línea de negocio diferente habría supuesto un beneficio fiscal para los socios, en lugar del planteamiento inicial. Por tanto, si los socios de la empresa española hubieran contado con la colaboración previa de un asesor fiscal experto es muy probable que les hubiera aconsejado esta organización legal de las empresas, en vistas a facilitar la gestión de los dos negocios y la potencial transmisión o reconversión de los mismos, pudiendo acceder a una tributación menor de esta forma. Además de las indudables ventajas organizativas de una empresa holding, las ventajas fiscales resultantes en nuestro caso práctico habrían sido: a) disfrutar de la exención prevista en el artículo 21 de la LIS por dividendos y ganancias patrimoniales en la venta de participaciones y b) evitar la imposición inmediata de las plusvalías latentes cuando el socio que se cambia de residencia se ha acogido al régimen especial de diferimiento por la escisión.

El régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea del Título VII, Capítulo VII de la LIS nació con el objetivo de que los costes fiscales no obstaculizaran los procesos de reestructuración empresarial, que dotan a las empresas de mayor eficiencia y competitividad en el mercado. Este régimen busca la neutralidad fiscal permitiendo el diferimiento de la tributación sobre las rentas que se ponen de manifiesto en la ejecución de estas transacciones tanto para la empresa transmitente como para la adquirente y los socios, no sólo en los impuestos directos sino también en los indirectos, como el IVA o el ITPAJD. En nuestro caso de escisión

parcial de rama de actividad debíamos poner especial cuidado en que efectivamente existiera una unidad económica autónoma en funcionamiento en sede de la transmitente, que las participaciones a los socios se atribuyeran de forma proporcional a su participación en la entidad transmitente y, sobre todo, documentar que la reestructuración se realiza por motivos económicos válidos y no sólo con el objetivo de obtener una ventaja fiscal, como se podía inferir del hecho que una de las ramas de actividad se vendiera inmediatamente después de la escisión. Como comprobamos posteriormente, éste no era nuestro caso.

Las consecuencias de acogerse a este régimen, además del diferimiento de la deuda tributaria, es que los valores fiscales y fechas de adquisición de los activos y pasivos adquiridos así como de las participaciones sociales recibidas a cambio deben ser los mismos que tenían en la transmitente. En nuestro supuesto práctico, nos encontramos con una laguna legal y fiscal en cuanto al valor que debe darse a las participaciones de la sociedad escindida atribuidas a los socios cuando no se produce una reducción de capital. Así, vimos que la doctrina académica trata de darle una respuesta dentro de unos criterios razonables y que nosotros hemos aplicado para la resolución de nuestro caso: repartir el coste de las participaciones originales entre las antiguas y las nuevas.

Asimismo, la empresa adquirente se subroga en todos los derechos y obligaciones del anterior titular, incluidos los créditos fiscales por bases imponibles negativas generadas por la rama de actividad, novedad también introducida en la última reforma del IS. Con anterioridad se exigía la liquidación de la sociedad transmitente.

Respecto a la adquisición del negocio de venta de software bien a través de una compra-venta de activos o bien a través de la compra de participaciones sociales, podemos señalar las siguientes diferencias en el tratamiento legal y fiscal de ambos negocios jurídicos que hacen que la balanza se incline hacia un lado o el otro a la hora de seleccionar uno de ellos:

- 1- Activos y pasivos adquiridos: En una venta de activos y pasivos el comprador puede seleccionar aquéllos que le interesan, limitando su responsabilidad respecto a contingencias fiscales heredadas del vendedor a través de la certificación correspondiente si se trata de la transmisión de una rama de actividad. Sin embargo, no es posible traspasar ciertos activos fiscales, como los créditos por bases imponibles negativas, y pueden existir restricciones legales en la transmisión de otro tipo de activos sin el consentimiento de terceras partes, como la subvención por la actividad de desarrollo de software. En cambio, en una adquisición de participaciones sociales, todos los activos y pasivos son transferidos, se quiera o no, incluidas las bases imponibles negativas.
- 2- Complejidad y coste: La primera transacción suele ser un proceso más complejo de identificación y valoración de los activos, así como de transmisión de la titularidad jurídica de los mismos, que no siempre es posible. La segunda transacción es relativamente más sencilla de ejecutar.

- 3- Valoración de los elementos patrimoniales adquiridos: En la primera operación la base fiscal de los activos se revaloriza al valor de mercado pagado, generando una mayor amortización fiscal, mientras que en la segunda operación se mantiene el valor de adquisición original. No obstante, el valor de las participaciones sociales sí que se actualiza al precio pagado.
- 4- Fondo de comercio: En una compra-venta de activos y pasivos podemos reconocerlo y amortizarlo fiscalmente a razón del 5% cada año. En la adquisición de participaciones sociales, el fondo de comercio no es fiscalmente deducible.

En nuestro caso práctico concreto, la compra-venta de activos y pasivos resulta menos gravosa respecto a la adquisición de participaciones sociales, debido principalmente a que los vendedores son personas físicas que deben tributar por la ganancia patrimonial en los respectivos impuestos directos, IRPF e IRNR. Esta situación se habría invertido de haberse tratado de una persona jurídica puesto que ésta se habría podido beneficiar de la exención de participación del artículo 21 de la LIS y, por tanto, no habría resultado coste fiscal alguno de esta transacción.

En lo que respecta a la financiación de las adquisiciones de empresas, se ha generalizado el uso y, en ocasiones abuso, de la financiación ajena por la posibilidad de deducir los intereses, de manera que planificaciones fiscales agresivas estructuran la financiación desde países con baja o nula tributación, donde se paga poco o nada por los intereses percibidos, a países con alta tributación, donde los gastos financieros son fiscalmente deducibles. Esto ha provocado que las bases imponibles de estos países de alta tributación mermara considerablemente dando lugar a una reducción de los ingresos públicos, así como a un apalancamiento financiero demasiado alto de estas empresas. De aquí se deriva la introducción de medidas que limitan la deducibilidad de los gastos financieros netos a un ratio del 30% respecto al beneficio operativo de la compañía, en consonancia con las recomendaciones de la OCDE, de manera que se garantice que los gastos financieros están correlacionados con la actividad de la compañía y evitando la erosión de bases imponibles. Además, en operaciones de compra apalancada, como novedad en el 2015, sólo se permite aplicar este ratio respecto de los beneficios operativos de la misma entidad compradora, independientemente de que forme grupo fiscal con la adquirida o se fusione con ella, evitando de esta forma el “push-down” de la deuda a la empresa adquirida y reducir, de esta forma, su base imponible. Por esto, ya no resultará interesante interponer una empresa de nueva creación en el país de la empresa “target” para adquirirla, como se venía realizando sin aparentes motivos económicos, cuestión muy controvertida y discutida en los tribunales de nuestro país.

La tributación de intereses, cánones y dividendos se regula en el ámbito comunitario por la Directiva 2011/96/UE (modificada por la Directiva 2014/86/UE) y la Directiva 2003/49/CE, que conceden la exención en origen de los pagos efectuados en concepto de intereses, cánones y dividendos entre empresas residentes en distintos países miembros de la UE bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. No obstante, atribuyen la potestad a cada país de articular las medidas anti-abuso que crea convenientes para evitar el uso indebido de los beneficios de estas directivas bajo la interposición ficticia

de empresas sin sustancia económica. Dependiendo de la ubicación de las entidades participantes, los pagos por intereses, dividendos y cánones tributarán según la regulación nacional, según la normativa comunitaria o según lo dispuesto en los convenios de doble imposición, por lo que se hace necesaria la valoración del tratamiento fiscal de los mismos en los diferentes supuestos a la hora de estructurar la operativa empresarial, especialmente dentro de un grupo de empresas. Por último, como hemos visto en nuestro caso práctico, es de especial relevancia conceptualizar los pagos realizados de forma correcta dentro de los preceptos del MCOODE, puesto que la tributación puede diferir de manera significativa. De hecho, estas diferencias en el tratamiento fiscal de las rentas provocan el “rule-shopping” por el que se aplica un precepto diferente al que correspondería verdaderamente para beneficiarse de una mejor fiscalidad. No obstante, en nuestro caso, parece que estábamos en la situación inversa, pues habíamos definido los pagos por la cesión de uso de licencias de software para su comercialización como cánones, mientras que, de acuerdo a las observaciones realizadas en 2008 por el Estado español al artículo 12 del MCOODE, se podían circunscribir, en este caso concreto, en el artículo 7 de Beneficios empresariales, cuya tributación es más ventajosa puesto que no genera retenciones en origen. Por ello, es fundamental estar al tanto no sólo del hard law (normas emanadas del poder legislativo) para determinar la conceptualización de la renta que pagamos, sino también del soft law (interpretaciones, recomendaciones y comentarios de organismos nacionales y supranacionales que suelen tener efecto vinculante).

El régimen fiscal de las operaciones vinculadas es extenso y de gran complejidad en cuanto a su aplicación práctica, por la escasez de situaciones comparables entre empresas independientes para determinar el valor de mercado. La OCDE ha hecho un gran esfuerzo en emitir directrices sobre precios de transferencia para asegurar que los mismos son acordes con la creación de valor de las empresas. Es cierto que en el seno de las transacciones intragrupo es donde se dan los casos de evasión fiscal más importantes, pues las empresas pueden traspasar beneficios, casi a su antojo, de unas a otras a través de los precios de transferencia. De aquí, la necesidad de una profunda regulación y control de las mismas a través de la introducción de nuevas exigencias de documentación. No es baladí la cantidad de obras doctrinales y sentencias que ponen de manifiesto la conflictividad subyacente en las operaciones vinculadas.

Como norma general, las transacciones entre empresas y personas vinculadas deben valorarse por su precio de libre competencia, es decir, por el valor normal de mercado que partes independientes habrían acordado en condiciones de libre competencia. Para conocer este valor de mercado debe partirse de un análisis de comparabilidad teniendo en cuenta una serie de factores, tales como las características de los servicios/productos, el mercado en que se opera o los términos contractuales, identificando en todo caso los activos aportados, las funciones desempeñadas, los riesgos asumidos y los beneficios obtenidos. En el caso de que el valor dado a las operaciones difiera del valor de mercado, procederá realizar el ajuste bilateral y el secundario atendiendo a la naturaleza real de las rentas.

La jurisprudencia se ha encargado, en muchas ocasiones, de clarificar las circunstancias en las que los cargos intercompañía son deducibles fiscalmente. Así, en el caso de prestación de servicios entre partes vinculadas es indispensable que los servicios cumplan con los requisitos de efectividad (se han realizado), utilidad (han generado un beneficio para la otra parte) y necesidad (que lo habría tenido que contratar a un tercero o ejecutarlo ella misma si no se hubiera recibido el servicio de la entidad vinculada). Asimismo, queda aclarado que la distribución de los costes entre las entidades participantes debe hacerse en función del beneficio que se espera obtener atendiendo a criterios de racionalidad; a este respecto, no son válidos criterios que repartan proporcionalmente los costes según la cifra de negocio de las mismas.

Otro asunto puntigudo en esta materia son las transacciones con intangibles para las que la OCDE ofrece unas guías específicas por la complejidad intrínseca que suponen. De estas nuevas recomendaciones, entendemos que la mera titularidad jurídica de los intangibles no da derecho a percibir la totalidad de los beneficios generados por ellos, sino que hay que analizar las funciones y riesgos que se asumen así como los activos que se aportan para valorar la remuneración que corresponde a cada entidad del grupo según el valor de sus contribuciones. Nos parece acertada la propuesta de esta medida, puesto que especialmente en empresas del sector tecnológico, como en nuestro supuesto de hecho, es una práctica habitual traspasar la titularidad jurídica de los derechos de propiedad intelectual a una sociedad situada en un paraíso fiscal (Islas Cayman o Bermudas) donde no se genera ningún valor, pero por el contrario reciben una porción muy interesante de los beneficios, erosionando de nuevo la base imponible de los países donde verdaderamente se asumen los riesgos del intangible. Por esto, nos hemos asegurado de que, en nuestro supuesto de hecho, la venta del intangible se realice junto con una transmisión efectiva de las funciones que crean valor y contribuyen a la generación del beneficio, las actividades de I+D, entre otras.

En estrecha relación con los precios de transferencia, hemos tratado las estructuras artificiosas que algunas compañías utilizan para eludir el estatuto de establecimiento permanente y tributar menos en los países donde realmente se prestan los servicios o se venden los productos. En nuestro supuesto, nos referimos concretamente a los casos en que empresas distribuidoras se transforman en comisionistas en virtud de un contrato de agencia, sin que se modifique sustancialmente su estructura operativa en la práctica. De nuevo, la OCDE ha propuesto modificaciones en la definición de EP del MCOCDE para combatir estas prácticas. Es una realidad que, incluso antes de la firma del acuerdo multilateral que adoptará estos cambios, algunos grupos multinacionales están revisando la estructura fiscal de sus operaciones y, en ocasiones, dando un paso atrás, volviendo al modelo de filial distribuidora, para evitar posibles conflictos futuros.

Por último, en toda reestructuración o reorganización empresarial no cabe descuidar los efectos fiscales sobre los trabajadores, tanto de los que se decide trasladar como de los que se despiden por redundancia de sus funciones o no aceptación de cambios sustanciales en sus condiciones de trabajo.

La normativa fiscal española pretende favorecer la atracción de talento altamente cualificado a través de la configuración del régimen especial de trabajadores impatriados, que permite la tributación por el IRNR en el año del traslado y los cinco años posteriores y, que como hemos visto en la resolución de nuestro caso práctico, supone un ahorro fiscal considerable. Por otro lado, con la finalidad de mejorar la competitividad de las empresas españolas y su internacionalización, también se prevén exenciones fiscales de las rentas obtenidas por trabajadores residentes que salen al extranjero a prestar sus servicios a entidades no residentes. Nos referimos, en este caso, a las exenciones del artículo 7.p) de la LIRPF y al régimen de excesos regulado en el RIRPF, excluyentes entre sí, pero que también reportan un beneficio fiscal importante al trabajador.

En el traslado de trabajadores, un factor importante a tener en cuenta es la imposición de los controvertidos impuestos de salida o “exit taxes” que les puedan afectar, aunque está pensado más bien para grandes fortunas, como puede ser un alto ejecutivo.

Finalmente, cuando una reorganización implica una cantidad de despidos considerables, debemos conocer en profundidad las normas laborales que aplican para reducir los litigios y preservar la imagen de la compañía. No menos importante es conocer las implicaciones fiscales de los despidos para el trabajador, pues ya suficientemente traumática es la pérdida del puesto de trabajo como para añadirle incertidumbres de índole fiscal. De esta misma forma, a la empresa le interesa conocer si los gastos en los que va a incurrir son fiscalmente deducibles o no, pues de no serlo tendrá que asumir un coste adicional de reestructuración nada despreciable.

RECURSOS

- Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital
- 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 SE o una SCE de un Estado miembro a otro (antigua Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, derogada).
- Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de junio del 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes (modificada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014) (Directiva matriz-filial).
- Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados Miembros (Directiva sobre intereses y cánones).
- Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010.
- Informes Finales 2015 del Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (Proyecto BEPS).
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- 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.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
- Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, Jesús y Quintana Ferrer, Esteban (2016). "Impost sobre Societats i Comptabilitat". Material docente de la UOC.
- BDO (2014). "Exit Taxation in Europe". European Union Direct Taxes, Centre of Excellence.
- Blasco Delgado, C.; Urbano, M. (2010). "Reflexiones sobre el actual régimen fiscal de las operaciones vinculadas, con particular atención a su proyección práctica". Revista de Información Fiscal (núm. 97).
- Blessing, Peter (2014). Tax Planning for International Mergers, Acquisitions, Joint Ventures and Restructurings. Wolters Kluwer.
- Calvo Vérguez, J. (2011). "Fusiones y escisiones en el Impuesto sobre Sociedades: cuestiones conflictivas". Carta Tributaria. Monografías (núm. 18).
- Calvo Vérguez, J. (2012). "La tributación de los grupos de sociedades transfronterizas en el impuesto sobre sociedades a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria". Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia (núm. 25).
- Carbajo Vasco, Domingo (2013). "Las restricciones a la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades". Revista Fiscal Nov 2013.
- Carmona, Néstor (2012). "La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativa mediante filiales comisionistas". Crónica Tributaria nú. 145.
- Castellón Prió, Guillermo (2015). "La fiscalidad en el Impuesto sobre Sociedades de las reestructuraciones empresariales". Trabajo Fin de Grado (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza).
- De la Torre Díaz, Francisco (2010). "La tributación del software en el IRNR. Algunos aspectos conflictivos". Cuadernos-Formación. 2010 (núm 22).
- Delgado García, Ana María y Oliver Cuello, Rafael (2015). "Fiscalitat Internacional i Duanera". Material docente de la UOC.
- Delgado García, Ana María y Oliver Cuello, Rafael (2016). "Impost sobre la Renda de les Persones Físiques". Material docente de la UOC.
- Delgado García, Ana María, Oliver Cuello, Rafael y Quintana Ferrer, Esteban (2013). "Imposició Patrimonial". Material docente de la UOC.
- Diéguez Nieto, Carlos (2006). "Las medidas antiabuso en el Impuesto sobre Sociedades: el fondo de comercio financiero y las operaciones de reestructuración empresarial" Cuadernos de Formación 01-2006.
- Diversos autores (2014). Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea. Bilbao: CISS.
- Diversos autores (2013), "Cuestiones controvertidas en relación con la Fiscalidad Internacional y Competitividad". Fundación Impuestos y Competitividad.
- Diversos autores (2010), Fiscalidad internacional (Dir. Serrano Antón, F.), CEF, Madrid.

- Djindjic, Srdjan M (2014). "Evaluation of the effects of international tax planning". Original Scientific Paper. Faculty of Economics, University of Kragujevac, Serbia.
- Domínguez Rodicio, J. R. (2010). "Fiscalidad de las alteraciones patrimoniales que derivan de la escisión de sociedades". Impuestos (núm. 10).
- Goenoechea, Juan Miguel y Gracia, Cristina (2009). "Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales". Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 24.
- Larking, Barry (2014). "DMC: a step backward in understanding exit taxes?". KPMG EU Tax Centre.
- López Tello, Jesús (2015). "El nuevo impuesto español tipo exit tax sobre acciones y participaciones". Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 41.
- Pons, Pere M. (2015). "Comentarios a la nueva exención para evitar la doble imposición en el impuesto sobre sociedades español: Impacto en grupos españoles e internacionales y otros inversores". Actualidad Jurídica Uría Menéndez.
- Quintana Ferrer, Esteban (2016). "Impost sobre el Valor Afegit i Impostos Especials". Material docente de la UOC.
- Quintana Ferrer, Esteban (2011). "Fiscalitat Autonòmica i Local". Material docente de la UOC.
- Tickle, Deborah (2015). "Is there a future for international tax planning?". Develop Analysis (CPD).
- Wallace, Shane and Murphy, Shane (2012). "Exit Taxes: Where to Now? After ECJ Decision in National Grid Indus BV". Deloitte Ireland.