

ADQUISICION INTERNACIONAL DE EMPRESAS

**TRABAJO FIN DE MASTER DE
ASESORIA FISCAL**

JOSE VICENTE PERIS MARTINEZ

RESUMEN

This work wants to analyze and give solutions to any problems that we can find in an international enterprise restructuring.

The main fiscal problem that we find is the selling terms. Those terms ban the application of Special Code for Consolidation and Purchase. Another problem is the non-resident company. His objective is to sell their stake and win money. And it is a Company located on a tax haven. The third problem is the fiscal process of progressive cash payments. Finally, we will try to look for a solution to apply the Special Code for Consolidation and Purchase. This is better than the Societies General Code.

Making use of the General Code, I have found three solutions. In all of them, we can see almost the same tax payment for each of the partners. You can see graphic 2.

Applying the Special Code, the results are different. You can see graphic 3:

- The best taxes for all partners together is to sell a part of shareholding and, later, swap the rest. This is the most expensive option for the national partners and less expensive for the non-resident partner.
- The best taxes for Spanish partners is to buy the shareholding to non-resident partner and swap all with the Dutch enterprise. Here, taxes are none for Spanish partners and the non-residents pay taxes for selling their shareholding according to the General Code.
- The third option is to sell another property paying taxes by the General Code. Then, the seller partners can get cash buying the non-resident's shareholding. Later, they can swap all shareholding between both companies. Now, non-resident partners pay the same taxes and resident partners only pay taxes for the first property sold.

We must accept that the final decision is not only a mathematic question. We must make a note about the each partner's business: It is possible that non-resident partner decides to swap and not to sell to pay less taxes. In exchange, the rest of partners accept to pay more taxes but getting more cash instead of all in stocks. If non-resident partner decides to sell, the rest partner's best option is to swap because there aren't any taxes. the General Code rules must only be chosen in case of being impossible to use the Special Code. In the General Code, all taxes solutions are similar.

If the agreement is not finally accomplished but all companies want benefits in their association, another solution is to constitute an European Economic Interest Society. This kind of society pays taxes in Fiscal Transparency Code: in which partners pay taxes proportionally based on their amount of shares.

Finally, we propose a good fiscal solution for the maintenance of abroad shareholdings: setting up an Abroad Shareholdings Society. This kind of society is tax-free about earnings in dividends and in selling shareholdings if they accomplish the regulations art. 21 of Society Tax Law.

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como finalidad el análisis y propuesta de soluciones a algunas dificultades que se pueden encontrar en una operación de reestructuración empresarial. El supuesto planteado de compra entre empresas de diferente nacionalidad está siendo una constante en la situación económica actual. Con este trabajo he intentado dar respuesta al problema creado cuando nos encontramos con un acuerdo para la compra que no se ajusta a la mejor solución fiscal.

El objeto de la operación es la compra por parte de una empresa holandesa de una startup española. Esta startup tiene como participantes, a partes iguales, a dos personas físicas residentes en España, y dos empresas, una de ellas con residencia española, y la otra residente en Gibraltar. La empresa gibraltareña es una sociedad de capital riesgo.

El importe de la compra se ha acordado en 7 MM de euros. Dos de ellos en efectivo. El resto en acciones de la compradora. El efectivo se pagará en dos fases: 1 MM euros a la firma de la operación y 1 MM euros a los 12 meses. El pago en acciones se instrumentará mediante canje de las participaciones de la startup con acciones de la adquirente. La sociedad gibraltareña consigue su objetivo de maximizar su inversión, por lo que quiere desvincularse de la empresa resultante.

Existe una tercera empresa, precursora de la startup, propiedad de los socios nacionales, sin actividad actual pero propietaria de varias patentes, que podría entrar en la operación si se considera conveniente.

En primer lugar analizaremos diversas opciones para que la operación se lleve a cabo con las condiciones económicas acordadas.

En segundo lugar analizaremos cómo podría ser de aplicación el Régimen Especial de Fusiones y Adquisiciones para la toma de control por parte de la empresa holandesa y otro tipo de Régimen Especial en caso de que no se lleve a buen fin la operación de fusión.

En tercer lugar, veremos las distintas situaciones de impacto fiscal sobre los socios de la startup en diversos escenarios y, posteriormente, la mejor solución fiscal a la tenencia de los valores de la empresa holandesa.

El objetivo final es la presentación a todas las partes de la mejor solución fiscal para todos. Esta solución debe permitir el mayor ahorro fiscal salvaguardando las pretensiones de cada una de las partes o, al menos, permitir acercar las posturas para llegar a la finalidad de formalizar la venta.

El principal problema fiscal con el que nos encontramos es que los términos acordados impiden la aplicación del Régimen Especial de Fusiones y Adquisiciones, dado que el importe del pago en efectivo supera el 10% del valor nominal de la startup. Otro problema añadido es la desvinculación de la sociedad de capital riesgo, con el agravante añadido de que es una sociedad residente en un paraíso fiscal. El tercer problema que nos encontramos es el tratamiento fiscal de los cobros en

efectivo aplazados, tanto por parte de los socios personas físicas como por parte de la empresa española y de la empresa no residente. Por último, intentaremos buscar una solución para la aplicación del Régimen Especial de Fusiones y Adquisiciones, más favorable fiscalmente que el general contemplado en el Impuesto de Sociedades.

PLANTEAMIENTO

El objeto de la operación es la compra por parte de una empresa holandesa de una startup española, S-UP SL. La empresa holandesa, H-LAND N.V., es una farmacéutica. La española se dedica al desarrollo de kits para el diagnóstico de diversas patologías. Esta startup tiene como participantes, a partes iguales, a dos personas físicas residentes en España, Sr. A y Sr. B, ambos gerentes de S-UP SL, y dos empresas, una de ellas con residencia española, E-ÑA SL, y la otra residente en Gibraltar, G-TAR Ltd. La empresa española se dedica a la fabricación de instrumentos y suministros médicos, odontológicos y ópticos. La empresa gibraltareña es una sociedad de capital riesgo sin establecimiento permanente en nuestro país.

Para E-ÑA SL, su participación en S-UP SL no es temporal, sino que obedece a un criterio estratégico de diversificación de productos para su propio mercado de clientes.

G-TAR Ltd. ha invertido en S-UP SL únicamente con vista a la revalorización de su inversión en un plazo máximo de 5 años.

La intención de H-LAND N.V. es la toma de control de S-UP SL para conseguir expandirse en España aprovechando la cuota de mercado español que S-UP SL posee, manteniendo la infraestructura de la misma.

El activo de S-UP SL está constituido por maquinaria y utillaje para la investigación y desarrollo de sus kits. Sus instalaciones están situadas en naves industriales alquiladas. Su valor en libros actualmente es de 400.000 euros, que coincide con el valor de las aportaciones efectuadas hace tres años para la constitución de la empresa. El primer año ha sufrido pérdidas, el segundo año unos beneficios de 50.000 euros y el tercero beneficios de 100.000 euros.

El importe de la compra se ha acordado en 7 MM de euros. Dos de ellos en efectivo. El resto en acciones de la compradora. El efectivo se pagará en dos fases: 1 MM euros a la firma de la operación y 1 MM euros a los 12 meses. El pago en acciones se instrumentará mediante canje de las participaciones de la startup con acciones de la adquirente. La sociedad G-TAR Ltd está de acuerdo con la operación pero desvinculándose de la sociedad holandesa, ya que con el importe de la venta consigue su objetivo de rentabilizar su inversión.

Existe una tercera empresa, T-ERA SL, propiedad de los Sres, A y B y de E-NA SL, precursora de S-UP SL, sin actividad actual pero propietaria de varias patentes relacionadas con el mercado farmacéutico, que podría entrar en la operación si se considera conveniente.

RESOLUCION

El capítulo VII, Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), aprobado por Real Decreto Legislativo 27/2014, de 27 de noviembre, regula el régimen fiscal especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación 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. En concreto, el artículo 76.1 del TRLIS establece que tendrá la consideración de fusión, y por lo tanto será de aplicación dicho Régimen Especial, cuando la compensación en dinero de dicha operación no exceda del 10% del valor nominal de las participaciones de la sociedad transmitida. Por la misma razón tampoco es de aplicación el artículo 76.5 sobre canje de valores. En ambos casos, además, la postura de G-TAR Ltd de cobro en efectivo impide la aplicación de las disposiciones de este título VII. Por lo tanto, esta operación no entraría dentro de dicho Régimen Especial, sino que entraría en el Régimen General en aplicación del art. 78.3 TRLIS, tomándose el valor que proceda de acuerdo con el art. 17 del TRLIS.

TIPOLOGIA DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACION		
	REGIMEN GENERAL (Años 2015 y 2016)	REGIMEN ESPECIAL
I. SOCIEDADES	(Valor mercado - valor contable) x 28% / 25%	NO
IRPF	(Valor mercado - coste) x 24% / 23%	NO
IRNR (Sociedad sin E.P.)	(Valor mercado - valor contable) x 25%	NO
I.V.A	No sujeto	No sujeto en reestructuraciones
OPERACIONES SOCIETARIAS	No sujeto	No sujeto en reestructuraciones
ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS	Sujeto y exento en reestructuraciones	Sujeto y exento en reestructuraciones
I.I.V.T.N.U.	Tributación según valor catastral	NO

Fuente: Garrigues - Pedro García Jarrín y Ricardo Herrero Tomé y elaboración propia.

APLICACIÓN DEL REGIMEN GENERAL

Esta operación de venta de valores está exenta de tributación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas de acuerdo con el art. 45.I.B.9 del TRLITPAJD, según el cual están exentas las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, conforme a lo establecido en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Tengamos en cuenta que no existe ningún inmueble propiedad de S-UP SL, a efectos del apartado a) del punto 2 del dicho artículo 108 de la Ley 24/1988, en la que se exceptúa de la exención las operaciones en las que el activo esté constituido al menos en un 50 por ciento por inmuebles situados en territorio español, o en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad con activo integrado de al menos en un 50 por ciento por inmuebles radicados en España y siempre que el adquirente obtenga una posición de control sobre dichas entidades.

En cuanto al IVA, hay que señalar que el artículo 4.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de Diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29), modificada parcialmente por la Ley 28/2014 del 27 de noviembre, establece que “estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan a favor de los propios socios, asociados miembros o partícipes de las entidades que las realicen”. Dicha entrega, de estar sujeta al Impuesto, estará normalmente exenta del mismo en aplicación de la exención contenida en el artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992. Además de ello, el art. 108.1 LMV cita expresamente la transmisión de valores como operación exenta del IVA y del ITPAJD.

En la Consulta Vinculante V1297-12, se detalla el caso de compra de las participaciones de una empresa por parte de otra. En ella la compradora adquiere en efectivo las participaciones de uno de los socios y canjea las participaciones de los otros socios por acciones de la compradora. En esta consulta se aclaran varias cuestiones acerca del IVA: La entrega de las acciones se encontrará sujeta al Impuesto cuando sea realizada por quien tenga la condición de empresario o profesional y concurren el resto de requisitos generales de sujeción establecidos por el artículo 4.Uno de la Ley 37/1992. La referida entrega, de estar sujeta al Impuesto, estará normalmente exenta del mismo en aplicación de la exención contenida en el artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992, sin perjuicio de la tributación que, en su caso, hubiera correspondido en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

A efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido no se aplica la normativa prevista en el Real Decreto Legislativo 4/2004 sino las previsiones de la Ley 37/1992 que son trasposición de lo dispuesto en la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de Noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido..

En la misma consulta se aclaran cuestiones acerca del ITPAJD en el Texto Refundido del Impuesto, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de Septiembre, que en el art. 45.1.b).9 declara exentas del impuesto las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores.

Solución A. La empresa G-TAR Ltd. admite la forma de pago establecida en el acuerdo de compra venta, si bien, a cambio incluyendo un pacto por el que N-LAND N.V. recompra las acciones en un plazo determinado y a un precio prefijado. Este acuerdo ha sido suscrito entre ambos sin afectar al resto de socios aunque con conocimiento de los mismos.

En el caso de los Sres. A y B, ambos con el 25% del capital de S-UP SL, es de aplicación el art. 22 de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en este caso el art. 37.2: De la transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores, la ganancia o pérdida se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión. Como se comenta en el planteamiento, el valor de transmisión es superior al valor del patrimonio del último ejercicio cerrado (400.000 euros) y al de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.

Tal y como se contempla en el planteamiento, para cada uno de ellos, el año 2015 perciben la parte proporcional de 1 MM de euros ($1.000.000 / 4 = 250.000$ euros) y las acciones de H-LAND N.V. ($5.000.000 / 4 = 1.250.000$ euros) y en el ejercicio 2016 el resto del efectivo ($1.000.000 / 4 = 250.000$ euros).

Por lo tanto, los socios deberán declarar como incremento patrimonial la diferencia entre la cantidad percibida, tanto en efectivo como en acciones, detrayendo del importe de esta transmisión el aportado hace tres años, como figura en el planteamiento. Esta ganancia se distribuye proporcionalmente entre el efectivo, las acciones a percibir cada uno el año 2015 y el efectivo a percibir el año 2016:

Año 2015:

Del efectivo: Valor de transmisión 250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 1/7 = 14.285,71$ euros). Ganancias: 235.714,29 euros.

De las acciones: Valor de transmisión 1.250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 5/7 = 71.428,57$ euros). Ganancias: 1.178.571,43 euros.

Año 2016:

Del efectivo: Valor de transmisión 250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 1/7 = 14.285,71$ euros). Ganancias: 235.714,29 euros.

De acuerdo con el art. 46.b LIRPF, redactado por el apartado veintisiete del artículo primero de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el incremento de patrimonio obtenido con la venta de las participaciones de S-UP SL es considerada renta del ahorro a incluir en la base imponible del impuesto.

La Disposición Adicional Trigésima LIRPF señala unos tipos impositivos del 24% (estatal más autonómico) para rendimientos a partir de 50.000 euros para el año 2015. Esto implica una tributación de 396.000 euros ($= 1.650.000 \times 24\%$).

Si tomamos en consideración el art. 14.2.d LIRPF, Reglas especiales de imputación en operaciones con pago aplazado, podemos diferir la tributación del cobro del año 2016 a ese período impositivo. Esto nos lleva a un ahorro en la tributación, ya que el tipo impositivo de ese año será del 23% (estatal más autonómico) para rendimientos superiores a 50.000 euros, con lo que en el año 2015 tributarán 339.428,54 euros y en el 2016, 54.214,29 euros, lo que conllevaría un ahorro de 2.357,18 euros.

A este respecto podemos consultar la Sentencia de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 25 de Junio de 2013, en la que se manifiesta en su Fundamento de Derecho Cuarto, en el que se remite a la Ley 18/1991 en su artículo 56.4: "en el caso de operaciones a plazos o con precio aplazado, las rentas se imputarán proporcionalmente a medida que se efectúen los cobros correspondientes, salvo que el sujeto pasivo decida imputarlas al momento del nacimiento del derecho".

En el caso de la empresa E-ÑA SL, teniendo en cuenta que su participación en S-UP SL es de carácter permanente (Inversiones Financieras a Largo Plazo), implica que la vida estimada de este activo intangible es infinita. Por tanto, no procede en este caso la dotación de amortizaciones. Al haber recuperado el valor inicial tras las pérdidas sufridas el primer año, E-ÑA SL ha cancelado la provisión por depreciación que había dotado. Actualmente, el valor contable en libros es el mismo que el desembolso efectuado hace tres años: 25% de 400.000 = 100.000 euros.

En este caso, aplicando el art. 17, puntos 4 y 5 de la Ley 27/2014, la base imponible es la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable.

Al igual que los socios A y B, E-ÑA SL percibe la parte proporcional de 1 MM de euros ($1.000.000 / 4 = 250.000$ euros) y las acciones de H-LAND N.V. ($5.000.000 / 4 = 1.250.000$ euros) y en el ejercicio 2016 el resto del efectivo ($1.000.000 / 4 = 250.000$ euros).

A pesar de que la regla general de imputación de rentas indica que se deben contabilizar en el período en que son exigibles por el principio del devengo, el artículo 11.4 Ley 27/2014, que se corresponde con el antiguo 19.4 TRLIS, ha sido modificado con el objeto de solucionar los problemas

de interpretación que pudieran surgir cuando, en el caso de operaciones a plazos o con precio aplazado, llegado el vencimiento del plazo no se realizará el pago. El nuevo artículo 11.4 indica que en estos supuestos, las rentas se entenderán obtenidas proporcionalmente a medida que sean exigibles los correspondientes cobros, excepto que la entidad decida aplicar el criterio del devengo, como en este caso. Por lo tanto, y con la finalidad de diferir el pago de impuestos y conseguir una menor tributación en el año 2016, E-ÑA SL aplica en cada período impositivo las cantidades efectivamente percibidas.

Año 2015:

Del efectivo: Valor de transmisión 250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 1/7 = 14.285,71$ euros). Ganancias: 235.714,29 euros.

De las acciones: Valor de transmisión 1.250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 5/7 = 71.428,57$ euros). Ganancias: 1.178.571,43 euros.

Año 2016:

Del efectivo: Valor de transmisión 250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 1/7 = 14.285,71$ euros). Ganancias: 235.714,29 euros.

De acuerdo con el art. 29.1 de la Ley del Impuesto de Sociedades, el tipo general de gravamen aplicable es del 28% para el año 2015 y 25% para el año 2016. Por lo que la cuota a pagar para el año 2015 es de 395.999,96 euros ($((235.714,29 + 1.178.571,43) \times 28\%)$). Para el año 2016 la cuota a pagar será de 58.928,57 euros ($235.714,29 \times 25\%$).

En este caso, al tratarse de una operación intracomunitaria, el mantenimiento del sistema transitorio del IVA implica la tributación en destino y no en origen. Por este motivo, la normativa reguladora del impuesto contempla el hecho imponible de este tipo de operaciones desde la perspectiva de la adquisición intracomunitaria, declarándose exenta la entrega intracomunitaria (Directiva 2008/8/CE relativa al lugar de prestación de servicios). En nuestro ordenamiento, esta operación está exenta de tributar por IVA, de acuerdo con lo contemplado en el art. 25.1.a) – Exenciones en las entregas de bienes destinados a otro estado miembro.

En el cuanto a G-TAR Ltd. empresa radicada en Gibraltar y sin establecimiento permanente en España, le es de aplicación el 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, modificado parcialmente por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre. Tengamos en cuenta que el Convenio de Doble Imposición firmado entre España y el Reino Unido el 14 de marzo de 2013 únicamente se aplica al territorio de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Su extensión territorial no comprende las Dependencias de la Corona de las Islas del Canal y la Isla de Man, ni los catorce territorios de ultramar (entre ellos se encuentran Gibraltar, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán o las Islas Bermudas). Gibraltar continua en la lista de Paraísos Fiscales aprobada por el RD 1080/1991 y no

figura en la lista de exclusiones derivadas de la aplicación de la modificación introducida por el RD 116/2003 respecto a la entrada en vigor de la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2014.

El incremento de patrimonio conseguido por G-TAR Ltd. derivado de las transmisiones de valores, está contemplado como renta sujeta al Impuesto de la Renta de No Residentes en virtud del art. 13.1.i)1ª del TRLIRNR ya que se trata de valores emitidos por personas o entidades residentes en territorio español. La base imponible viene determinada por el art. 24.4 TRLIRNR, redactado por el apartado cinco del artículo segundo de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el R.D. Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

Año 2015:

Del efectivo: Valor de transmisión 250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 1/7 = 14.285,71$ euros). Ganancias: 235.714,29 euros.

De las acciones: Valor de transmisión 1.250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 5/7 = 71.428,57$ euros). Ganancias: 1.178.571,43 euros.

Año 2016:

Del efectivo: Valor de transmisión 250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 1/7 = 14.285,71$ euros). Ganancias: 235.714,29 euros.

De acuerdo con el art. 25.1 TRLIRNR, la cuota tributaria para ambos años 2015 y 2016 es del 24%. Esta obligación de pago se genera en el momento que tenga lugar la alteración patrimonial, según indica el art. 27.1.b) TRLIRNR, lo que nos lleva a una cuota de 339.428,54 euros ($(235.714,29 + 1.178.571,43) \times 24\%$) correspondiente al año 2015 y de 56.571,43 euros ($235.714,29 \times 24\%$) correspondiente al año 2016. Ambas cuotas serán exigibles en el momento de la compra venta de las participaciones de S-UP SL de acuerdo con el art. 27.1.b) TRLIRNR.

En el presente caso, de acuerdo con el art. 10.3.a) del Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, no procederá practicar retención o ingreso a cuenta respecto de las ganancias patrimoniales a excepción de las que procedan de premios, transmisión de bienes inmuebles y reembolsos de participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva. Además, G-TAR Ltd. está obligada a presentar declaración determinando e ingresando la deuda tributaria correspondiente e consonancia con lo contemplado en el art. 28.1 TRLIRNR.

La Consulta Vinculante número V2454-13 hace referencia al supuesto de incrementos patrimoniales de empresa no residente sin establecimiento permanente en España que se adecúa al presente caso, a excepción de la obligación de retener.

Solución B. La empresa G-TAR Ltd. no admite la forma de pago establecida en el acuerdo de compra venta y desea desvincularse definitivamente. Para ello N-LAND N.V. compra sus participaciones en efectivo. Este efectivo proviene de las cantidades pactadas en el acuerdo original, que se detraen al resto de socios, que pasan a cobrar un mayor porcentaje en acciones en lugar de efectivo. Se mantienen los plazos de pago de dos años para G-TAR Ltd. mientras que el resto de socios cobran la totalidad de su parte del efectivo el primer año, dado el pequeño importe de su cobro.

Para G-TAR Ltd, el importe de la compra venta es de 1.750.000 euros ($7.000.000 \times 25\%$). G-TAR Ltd cobra 750.000 euros el primer año y 1.000.000 euros el segundo. Tal y como hemos visto en la solución A, la obligación de tributar nace cuando se genera la alteración patrimonial, con lo que G-TAR Ltd deberá tributar sobre 1.650.000 euros ($1.750.000 - 100.000$), lo que nos lleva a una cuota de 396.000 euros ($1.650.000 \times 24\%$).

En el caso de los socios Sres. A y B, con el nuevo pacto perciben la cantidad de 83.333,33 euros en efectivo y 1.666.666,66 euros en acciones cada uno. Todo ello en el año 2015. Total 1.750.000 euros.

Por lo tanto, la base imponible de ambos sería también de 1.650.000 euros ($1.750.000 - 100.000$) y la cuota tributaria ascendería a 396.000 euros ($1.650.000 \times 24\%$) para cada uno de los dos.

En cuanto a la sociedad E-ÑA SL, al igual que el resto de socios, percibiría 1.750.000 euros entre acciones de H-LAND N.V. y efectivo. Asimismo, igual que los demás tendría una base imponible de 1.650.000 euros ($1.750.000 - 100.000$) aunque una cuota tributaria superior, de 462.000 euros ($1.650.000 \times 28\%$).

Debemos hacer mención a que, desde el momento en que H-LAND N.V. compra sus participaciones a G-TAR Ltd, si la operación de compra del resto de participaciones a los demás socios no es simultánea, tendrá la característica de operación vinculada de acuerdo con el art. 18.2.g) de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre, que cita como supuesto de vinculación la participación de una entidad en otra en, al menos, un 25% de los fondos propios, como es el presente caso. En base a ello, el art. 18.1 obliga a valorar las operaciones entre dichas entidades a valor de mercado, el cual se define en el mismo apartado 1 como el valor al que se habría acordado por entidades independientes en condiciones de respeto a la libre competencia. Entendemos cumplido este requisito al tratarse de un acuerdo de libre mercado entre los socios de dos entidades hasta hace poco independientes entre sí.

En caso de que la compra de las participaciones hubiera sido simultánea, no procedería hacer esta consideración, ya que N-LAND N.V. compraba el 100% de las participaciones en un único acto.

Solución C. La empresa G-TAR Ltd. no admite la forma de pago establecida en el acuerdo de compra venta y desea desvincularse definitivamente. Para ello el resto de socios compran sus participaciones en efectivo para, posteriormente, fusionar S-UP SL con H-LAND N.V. Suponemos que este efectivo proviene de fondos propios o está financiado por terceros.

Para G-TAR Ltd es el mismo caso que en soluciones anteriores, ya que la forma de cobro y su tributación no difieren de la solución B.

Para el resto de socios, que ahora poseen el 100% de las participaciones de S-UP SL, en la proporción que haya quedado como consecuencia de la compra, supongamos que un 33,33% cada uno, la nueva situación podría haber abierto la vía de la fusión mediante el Régimen Especial, pero sigue sin poder aplicarse el Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), porque la compensación en efectivo a los tres socios restantes (250.000 euros) supera el 10% del valor nominal de las participaciones de la sociedad transmitida (400.000 euros).

Por lo tanto, la tributación aplicable en esta solución sería la misma del Régimen General calculada en la solución A, aunque matizada por la participación comprada a G-TAR Ltd, que sería transmitida asimismo a H-LAND N.V. por el mismo valor que la compra, por lo que la base imponible de la venta de las participaciones compradas sería cero y repercutiría sobre la fiscalidad de los socios:

De las participaciones originales de cada uno de ellos, el año 2015 perciben la parte proporcional de 1 MM de euros ($1.000.000 / 4 = 250.000$ euros) y las acciones de H-LAND N.V. ($5.000.000 / 4 = 1.250.000$ euros) y en el ejercicio 2016 el resto del efectivo ($1.000.000 / 4 = 250.000$ euros). De las participaciones compradas a G-TAR Ltd., perciben cada uno de ellos un tercio de su parte:

Año 2015:

Del efectivo:

Parte original: Valor de transmisión 250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 1/7 = 14.285,71$ euros). Ganancias: 235.714,29 euros.

Parte adquirida a G-TAR Ltd.: Valor de transmisión 83.333,33 euros. Valor de adquisición 83.333,33 euros. Ganancias: 0 euros.

De las acciones: Valor de transmisión 1.250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 5/7 = 71.428,57$ euros). Ganancias: 1.178.571,43 euros.

Año 2016:

Del efectivo:

Parte original: Valor de transmisión 250.000 euros. Valor de adquisición ($100.000 \times 1/7 = 14.285,71$ euros). Ganancias: 235.714,29 euros.

Parte adquirida a G-TAR Ltd.: Valor de transmisión 83.333,33 euros. Valor de adquisición 83.333,33 euros. Ganancias: 0 euros.

Para los socios A y B, en el año 2015 implica una tributación de 339.428,54 euros y en año el 2016, de 54.214,29 euros tal y como se señalaba en la Solución A.

Para el socio E-ÑA SL, asimismo una tributación de la cuota imponible para el año 2015 es de 395.999,96 euros $((235.714,29 + 1.178.571,43) \times 28\%)$. Para el año 2016 la cuota imponible será de 58.928,57 euros $(235.714,29 \times 25\%)$ tal y como se detalla en la Solución A.

En este caso, al coste fiscal habría que añadir el coste de financiación mediante fondos ajenos, en su caso.

	<u>REGIMEN GENERAL</u>		
	N-LAND N.V. COMPRA PARTICIPACIONES A TODOS	N-LAND N.V. COMPRA G-TAR LTD Y CANJEA RESTO PARTICIPACIONES	SOCIOS COMPRAN G-TAR LTD Y FUSIONAN CON N-LAND NV
A y B (PERSONAS FISICAS)	$339.428,54 + 54.214,29 = 393,642,83$	396.000	$339.428,54 + 54.214,29 = 393,642,83$
E-ÑA SL (PERSONA JURIDICA)	$395.999,96 + 58.928,57 = 454,928,53$	462.000	$395.999,96 + 58.928,57 = 454,928,53$
G-TAR LTD (JURIDICA NO RESIDENTE)	339.428,54	396.000	396.000
Fuente: Elaboración propia			

APLICACIÓN DEL REGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES Y ADQUISICIONES

Como ya hemos comentado anteriormente, para la aplicación de este régimen, contemplado en el capítulo VIII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), aprobado por Real Decreto Legislativo 27/2014, de 27 de noviembre, la condición exigida en las modalidades de fusión o canje de valores representativos del capital social, es que el importe de las compensaciones en efectivo no superen el 10% del valor nominal de las participaciones de la empresa (art. 83.1 y 83.5 TRLIS). El punto 6 del art. 83 incluye a las personas sin forma jurídica de entidad mercantil, lo que permite ser aplicado a los socios A y B de S-UP SL. Los requisitos necesarios son que los socios que realizan el canje residan en territorio español o en la Unión Europea y que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE (art. 87.1 TRLIS) que introduce la metodología del diferimiento impositivo. De los considerandos de la Directiva se desprende que el régimen pretende evitar una imposición con ocasión de una fusión, de una escisión, de una aportación de activos o de un canje de acciones, estableciendo para estas operaciones unas normas fiscales neutras respecto de la competencia. De este modo, las referidas operaciones gozarán de un tratamiento tributario cualificado y estable, para posibilitar la reorganización estratégica de las empresas.

En el caso particular de G-TAR Ltd., con domicilio fiscal en Gibraltar, la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores, en su apartado Política Exterior y Cooperación – Gibraltar, señala que Gibraltar, como territorio británico de ultramar, no forma parte del territorio del Reino Unido, sino que conforme al artículo 355.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es un territorio europeo cuyas relaciones exteriores asume un Estado miembro, el Reino Unido. Al entrar en la CEE en 1973 junto con el Reino Unido, se estableció que Gibraltar entraba como "territorio europeo de cuyas relaciones exteriores el gobierno del Reino Unido es responsable". En la práctica esto supone que todas las relaciones entre Gibraltar y la UE se realizan como si fuera una región autónoma perteneciente al Reino Unido. Por lo tanto, podemos considerar que sí que pertenece a la Unión Europea a efectos de los requisitos señalados del art. 87.1 TRLIS. A mayor abundancia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 21 de julio de 2005, asunto C-349/03, ha señalado al respecto: "Con arreglo al artículo 299 CE, apartado 4, el Tratado de la CEE es aplicable a Gibraltar porque es una colonia de la Corona cuyas relaciones exteriores asume el Reino Unido. Sin embargo, de conformidad con el Acta de adhesión de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido, algunas disposiciones del Tratado no se aplican a Gibraltar (véase la sentencia de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Reino Unido, C-30/01, Rec. p. I-9481, apartado 47), excepciones que se introdujeron en consideración a su situación jurídica especial y sobre todo al estatuto de puerto franco de dicho territorio". Ambas sentencias son utilizadas por el TEAC en sus resoluciones 03050/2008/00/00 de fecha 01/12/2009 y 04399/2008/00/00 de fecha 22/09/2009, ambas calificadas como Doctrina, sobre la impropiedad de devolución del IVA soportado en España a una sociedad residente en Gibraltar.

La ventaja de la aplicación del Régimen Especial de Fusiones y Adquisiciones es el diferimiento del pago de los impuestos, que consiste en que no se tribute por la operación, con la contrapartida de que los elementos recibidos por la sociedad absorbente se realizan con el valor y antigüedad que tenían en la sociedad absorbida. En el impuesto de transmisiones patrimoniales se declaran no sujetas, en la modalidad de operaciones societarias, las operaciones de reestructuración. Y por otro lado estas operaciones se declaran exentas en la modalidad de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

En cuanto al procedimiento de canje de las participaciones, que según el artículo 25 de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, se determinará sobre la base del valor real del patrimonio social, y la compensación complementaria en dinero, cuando se prevea. Para la determinación del tipo de canje, el artículo 25 de la Ley señala que éste debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio. Así mismo, la Ley 3/2009, en su artículo 25.2, permite la atribución de una compensación, que necesariamente ha de ser en metálico y que no podrá exceder del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.

De acuerdo con lo citado en el art. 19.2.1º TRLITPAJD señala la no sujeción al impuesto de las operaciones de reestructuración societaria. Asimismo el artículo 45.I.B) 9, 10 y 11 del citado texto refundido, declara exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a, entre otros, las operaciones societarias a que se refieren los apartados 1.º, 2.º y 3.º del artículo 19.2 y el artículo 20.2 anteriores, en su caso, en cuanto al gravamen por las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas o de actos jurídicos documentados. Por tanto, esta operación estaría no sujeta a la modalidad de operaciones societarias del ITPAJD y exenta de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados de dicho impuesto.

Como hemos visto anteriormente, la limitación del 10% del pago en efectivo es el auténtico impedimento para llevar a cabo la operación, ya que, aunque algunos socios aceptan algún otro tipo de compensaciones como hemos visto en la solución B del apartado anterior, la sociedad G-TAR Ltd lo que busca es precisamente la realización de beneficios en su inversión en la startup S-UP SL. Como máximo, aceptaría un aplazamiento de la obtención de los mismos, como hemos visto en la solución A anterior.

Para soslayar esta limitación, hay que conseguir que la contraprestación en efectivo no supere el 10% del nominal de las participaciones de S-UP SL (400.000 euros), por lo que el resto del efectivo, 1.960.000 euros (2.000.000 – (400.000 x 10%)), hay que justificarlo incluyendo en la operación algún otro bien que interese a todas las partes para llegar a un acuerdo: tanto a H-LAND N.V. como compradora, como a los socios interesados en el canje de participaciones y a G-TAR Ltd, interesado en realizar su inversión. En este caso se puede utilizar como vehículo para nuestro objetivo la empresa T-ERA SL, precursora de S-UP SL. Como ya hemos indicado en el planteamiento, esta

empresa no tiene actividad actual pero es titular de varias patentes relacionadas con el mercado farmacéutico.

Solución A. La empresa G-TAR Ltd. admite la forma de pago establecida en el acuerdo de compra venta, si bien, a cambio incluyendo un pacto por el que N-LAND N.V. recompra las acciones en un plazo determinado y a un precio prefijado. Este acuerdo ha sido suscrito entre ambos sin afectar al resto de socios aunque con conocimiento de los mismos. Con el fin de recibir todos los socios parte del efectivo, se acuerda vender previamente a N-LAND N.V. dos séptimas partes de S-UP SL por 1.960.000 euros, reservando los 40.000 euros restantes para la compensación en efectivo descrita en el art. 83.5 TRLIS.

El efectivo se pagará 960.000 euros al contado a la firma del contrato y el resto, 1.000.000 euros, al año siguiente. Posteriormente a esta operación, N-LAND N.V. procederá a canjear el resto de participaciones en poder de los socios de S-UP SL por participaciones de N-LAND N.V.

En el año 2015, el cobro en efectivo de 960.000 euros supone un 48,98% del importe de la compraventa ($960.000 \times 100 / 1.960.000$). En el año 2016, el cobro en efectivo de 1.000.000 de euros supone el 51,02% del total.

Para todos los socios, este año 2015 hay que tener en cuenta que el valor de las rentas percibidas en efectivo es de 226.007,71 euros ($((1.960.000 - (400.000 \times 2/7)) \times 48,98\% / 4)$) para cada uno.

La cuota a pagar es del 24% para los socios Sres. A y B, en total 54.241,85 euros.

Para el socio E-ÑA SL, la cuota es del 28%, 63.282,16 euros.

Para el socio G-TAR Ltd., que tributa al 25% y teniendo la obligación de tributar cuando se genera la alteración patrimonial, deberá tributar sobre la totalidad de las rentas percibidas: 461.428,57 euros ($((1.960.000 - (400.000 \times 2/7)) / 4)$), con lo que la cuota a pagar sería de 115.357,14 euros.

En el año 2016, el valor de las rentas percibidas en efectivo es de 235.420,85 ($((1.960.000 - (400.000 \times 2/7)) \times 51,02\% / 4)$) para cada socio.

Para los Sres. A y B, el tipo impositivo para el 2016 es del 23%, lo que nos lleva a una cuota de 54.146,80 euros.

Para el socio E-ÑA SL, con un tipo impositivo del 25%, la cuota a pagar sería de 58.855,21 euros.

Para el socio G-TAR Ltd, este año no tendría que desembolsar ninguna cantidad, ya que habría satisfecho su deuda con la Hacienda Pública durante el año 2015.

La situación en este momento es: S-UP SL tiene cinco socios: los Sres. A y B y las sociedades E-ÑA SL y G-TAR Ltd con una participación del 17,857% ($25 - (25 \times 2/7)$) cada uno de ellos y la sociedad H-LAND N.V. con una participación del 28,572%.

Debemos hacer mención a que, desde el momento en que H-LAND N.V. compra parte de sus participaciones a los socios de S-UP SL, la operación de compra del resto de participaciones a los demás socios se convierte en una operación vinculada de acuerdo con el art. 18.2.g) de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre, que cita como supuesto de vinculación la participación de una entidad en otra en, al menos, un 25% de los fondos propios, como es el presente caso, el que H-LAND N.V. pasa a poseer el 28,572% de las participaciones de S-UP SL. En base a ello, el art. 18.1 obliga a valorar las operaciones entre dichas entidades a valor de mercado, el cual se define en el mismo apartado 1 como el valor al que se habría acordado por entidades independientes en condiciones de respeto a la libre competencia. Entendemos cumplido este requisito al tratarse de un acuerdo de libre mercado entre los socios de dos entidades hasta hace poco independientes entre sí.

A partir de esta situación, ya podemos aplicar el art. 83.5 TRLIS del Régimen Especial de Fusiones, Capítulo VIII del Título VII: N-LAND N.V. adquiere la totalidad de las participaciones del resto de socios de S-UP SL, valoradas en 5 MM de euros, a cambio de participaciones de la propia N-LAND N.V. y de una compensación en efectivo de 40.000 euros que corresponde con el 10% del valor nominal de las participaciones de S-UP SL.

Para los cuatro socios, en efectivo perciben la parte proporcional de 40.000 euros ($40.000 / 4 = 10.000$ euros) y las acciones de H-LAND N.V., valoradas en 5.000.000 de euros, por lo que su incremento patrimonial es de 10.000 euros del efectivo y $1.178.571,40$ euros de las participaciones ($(5.000.000 - (400.000 \times 5/7)) / 4$).

De acuerdo con el art. 87.1 TRLIS, las rentas derivadas de las operaciones de canje descritas en el art 83.5 no se integrarán en la base imponible de los socios. Los requisitos necesarios detallados sobre la residencia de los socios en España o en otro país de la Unión Europea y que la entidad que adquiere los valores es residente en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE son cumplidos en este caso, como hemos detallado anteriormente. En cuanto a la valoración fiscal de participaciones recibidas, el art. 87.2 indica que tendrán los mismos valores contables que tenían las participaciones entregadas, de acuerdo con las normas del I.S. o del IRPF, corregida con el importe de la compensación complementaria recibida. Además de ello, con la fecha de adquisición de las participaciones entregadas.

Por lo tanto, para los cuatro socios, la base imponible en el canje de las participaciones es cero, al igual que la cuota tributaria.

Solución B. La empresa G-TAR Ltd. no admite la forma de pago establecida en el acuerdo de compra venta y desea desvincularse definitivamente. Para ello N-LAND N.V. compra sus participaciones en efectivo. Este efectivo proviene de las cantidades pactadas en el acuerdo original, que se detraen al resto de socios, que pasan a cobrar un mayor porcentaje en acciones en lugar de efectivo. Se mantienen los plazos de pago de dos años para G-TAR Ltd. Para conseguir aplicar el Régimen Especial de Fusiones, se acuerda incluir a la empresa T-ERA SL en la operación.

Como ya hemos comentado anteriormente, este supuesto es muy similar al detallado en la Consulta Vinculante V1297-12 en el desarrollo de la operación de compra y posterior fusión por canje de participaciones.

Para G-TAR Ltd, el importe de la compra venta es de 1.750.000 euros (7.000.000 x 25%). G-TAR Ltd cobra 750.000 euros el primer año y 1.000.000 euros el segundo. Tal y como hemos visto en la solución A, la obligación de tributar nace cuando se genera la alteración patrimonial, con lo que G-TAR Ltd deberá tributar sobre 1.650.000 euros (1.750.000 – 100.000), lo que nos lleva a una cuota de 396.000 euros (1.650.000 x 24%).

La situación en este momento es, en S-UP SL, la coexistencia de 4 socios al 25% cada uno. En T-ERA SL tres socios al 33,33%. N-LAND N.V. plantea una compra de T-ERA SL y un canje de participaciones con S-UP SL. La valoración de S-UP SL es de 5.000.000 de euros, pagaderos en participaciones de N-LAND N.V., más 40.000 euros en efectivo, dentro del Régimen Especial de Fusiones del TRLIS. La valoración de T-ERA SL sería de 210.000 euros (250.000 – 40.000). Este importe es la diferencia entre el efectivo comprometido a pagar el primer año (1.000.000 euros) después de pago a G-TAR Ltd. (750.000 euros) y los 40.000 euros destinados a compensación por el canje de participaciones.

Es necesaria en este caso la compra de T-ERA SL para llegar a finalizar la operación. Una fusión no podría acogerse al Régimen Especial de Fusiones, ya que la compensación en efectivo es superior al 10% del valor nominal de las participaciones de T-ERA SL. Con esta operación, los socios A, B y E-ÑA SL podrían recibir parte del efectivo comprometido en el acuerdo de compraventa original.

Suponemos que el valor contable de T-ERA SL es de 300.000 euros (100.000 euros de cada socio), por lo que las pérdidas de cada socio serían de 30.000 euros ((210.000 – 300.000) / 3). Estas pérdidas pueden ser compensadas en los próximos 5 años con incrementos de patrimonio con período de generación superior al año en el caso de los socios A y B.

En el caso del socio E-ÑA SL, y de acuerdo con el art. 15.6 TRLIS sobre separación de socios, se integrará en la base imponible de estos socios la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de la participación.

Debemos hacer mención a que, igual que en la Solución 2 del apartado del Régimen General, desde el momento en que H-LAND N.V. compra sus participaciones a G-TAR Ltd, si la operación de compra del resto de participaciones a los demás socios no es simultánea, tendrá la característica de

operación vinculada de acuerdo con el art. 18.2.g) de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre, que cita como supuesto de vinculación la participación de una entidad en otra en, al menos, un 25% de los fondos propios, como es el presente caso. En base a ello, el art. 18.1 obliga a valorar las operaciones entre dichas entidades a valor de mercado, el cual se define en el mismo apartado 1 como el valor al que se habría acordado por entidades independientes en condiciones de respeto a la libre competencia. Entendemos cumplido este requisito al tratarse de un acuerdo de libre mercado entre los socios de dos entidades hasta hace poco independientes entre sí.

A partir de esta situación, ya podemos aplicar el art. 83.5 TRLIS del Régimen Especial de Fusiones, Capítulo VIII del Título VII: N-LAND N.V. adquiere la totalidad de las participaciones del resto de socios de S-UP SL, valoradas en 5 MM de euros, a cambio de participaciones de la propia N-LAND N.V. y de una compensación en efectivo de 40.000 euros que corresponde con el 10% del valor nominal de las participaciones de S-UP SL.

Para los tres socios, en efectivo perciben la parte proporcional de 40.000 euros ($40.000 / 3 = 13.333,33$ euros) y las acciones de H-LAND N.V., valoradas en 5.000.000 de euros, por lo que su incremento patrimonial es de 13.333,33 euros del efectivo y $1.178.571,40$ euros de las participaciones ($(5.000.000 - (400.000 \times 5/7)) / 4$).

De acuerdo con el art. 87.1 TRLIS, las rentas derivadas de las operaciones de canje descritas en el art 83.5 no se integrarán en la base imponible de los socios. Los requisitos necesarios detallados sobre la residencia de los socios en España o en otro país de la Unión Europea y que la entidad que adquiere los valores es residente en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE son cumplidos en este caso, como hemos detallado anteriormente. En cuanto a la valoración fiscal de participaciones recibidas, el art. 87.2 indica que tendrán los mismos valores contables que tenían las participaciones entregadas, de acuerdo con las normas del I.S. o del IRPF, corregida con el importe de la compensación complementaria recibida. Además de ello, con la fecha de adquisición de las participaciones entregadas.

Por lo tanto, para los cuatro socios, la base imponible en el canje de las participaciones es cero, al igual que la cuota tributaria. Y con la particularidad de que los socios Sres. A y B pueden declarar unas pérdidas compensables con ganancias en los próximos 5 años y el socio E-ÑA SL habrá contabilizado su pérdida en la Base Imponible de este ejercicio.

Solución C. H-LAND N.V. compra a los tres socios la empresa T-ERA SL por 1.960.000 euros para que posteriormente éstos compren a G-TAR Ltd su participación en S-UP SL y poder fusionarla con H-LAND N.V. acogiéndose al Régimen Especial de Fusiones y Adquisiciones. El resto de 40.000 euros es el 10% que como máximo se puede emplear como contraprestación en la operación de fusión. Por lo que, de acuerdo con las condiciones originales de compra venta, se pagaría el primer año 960.000 euros y otros 1.000.000 euros en el año 2016.

Suponemos que el valor contable de T-ERA SL es de 300.000 euros (100.000 euros de cada socio), por lo que el incremento patrimonial de cada socio es de 553.333,33 euros $((1.960.000 - 300.000) / 3)$. Evidentemente, esta operación tributará de acuerdo con el Régimen General, tal y como hemos visto en el apartado anterior.

En el año 2015, el cobro en efectivo de 960.000 euros supone un 48,98% del importe de la compraventa $(960.000 \times 100 / 1.960.000)$. En el año 2016, el cobro en efectivo de 1.000.000 de euros es el 51,02% del total.

Para los socios A y B, el incremento patrimonial, en el año 2015, sujeto a un tipo impositivo del 24%, es de 271.022,66 euros $(1.960.000 - 300.000 \times 48,98\% / 3)$ para cada uno y la cuota a pagar de 65.045,44 euros.

En el año 2016, sujeto a un tipo impositivo del 23%, es de 282.310,66 euros $(1.960.000 - 300.000 \times 51,02\% / 3)$ para cada uno y la cuota será de 64.931,45 euros.

Para el socio E-ÑA SL, este incremento patrimonial es asimismo de 271.022,66 euros en el año 2015 sujeto a un tipo impositivo del 28%, lo que le supone tributar 65.045,44 euros.

En el año 2016, el incremento patrimonial es de 282.310,66 euros, sujeto a un tipo impositivo del 25%, lo que conlleva una cuota de 70.577,67 euros.

En cuanto a la segunda operación, ya la hemos descrito en la solución C del apartado del Régimen General: Los tres socios, Sres. A y B y la social E-ÑA SL compran su participación en S-UP SL a G-TAR Ltd. por 1.750.000 euros en efectivo: 750.000 euros el primer año y 1.000.000 euros el segundo de acuerdo con el plan de pagos establecido por H-LAND N.V. en la operación inicial.

La tributación para G-TAR Ltd, sería: el importe de la compra venta es de 1.750.000 euros $(7.000.000 \times 25\%)$. G-TAR Ltd cobra 750.000 euros el primer año y 1.000.000 euros el segundo. Tal y como hemos visto en la solución A, la obligación de tributar nace cuando se genera la alteración patrimonial, con lo que G-TAR Ltd deberá tributar sobre 1.650.000 euros $(1.750.000 - 100.000)$, lo que nos lleva a una cuota de 396.000 euros $(1.650.000 \times 24\%)$.

A partir de aquí nos encontramos con la siguiente situación: Los socios, Sres. A y B y la social E-ÑA SL son propietarios a, podemos suponer, partes iguales de S-UP SL, con lo que proceden a fusionarla con H-LAND N.V. acogiéndose al Régimen Especial contemplado en el capítulo VIII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), art. 83.1.a), aportando la totalidad del

patrimonio social de S-UP SL, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de H-LAND N.V. más una compensación en efectivo de 40.000 euros, que es igual (no excede) del 10% del valor nominal de S-UP SL. Nos encontramos ahora con un caso parecido al descrito en la solución C del anterior apartado:

Para los tres socios, el incremento patrimonial en el año 2015 es:

De las participaciones originales de cada uno de ellos, el año 2015 perciben la parte proporcional de 40.000 euros ($40.000 / 4 = 10.000$ euros) y las acciones de H-LAND N.V. ($5.000.000 / 4 = 1.250.000$ euros). De las participaciones compradas a G-TAR Ltd., perciben cada uno de ellos un tercio de esa parte: Del efectivo 3.333,33 euros ($10.000 / 3$). De las acciones: 583.333,33 euros ($1.750.000 / 3$).

De acuerdo con el art. 88.1 TRLIS, las rentas derivadas de las operaciones de fusión descritas en el art 83 no se integrarán en la base imponible de los socios. En cuanto a la valoración fiscal de participaciones recibidas, el art. 88.2 indica que tendrán los mismos valores contables que tenían las participaciones entregadas, de acuerdo con las normas del I.S. o del IRPF, corregida con el importe de la compensación complementaria recibida. Además de ello, con la fecha de adquisición de las participaciones entregadas.

Por lo tanto, para los tres socios, la base imponible en este caso es cero, al igual que la cuota tributaria.

	<u>REGIMEN ESPECIAL</u>		
	N-LAND N.V. COMPRA 2/7 PARTICIPACIONES Y LUEGO CANJE	N-LAND N.V. COMPRA G-TAR LTD Y CANJEA RESTO PARTICIPACIONES + T- ERA SL	H-LAND NV COMPRA T- ERA SL. SOCIOS COMPRAN G-TAR LTD Y LUEGO CANJE
A y B (PERSONAS FISICAS)	54.241,85 + 54.146,80 = 108.388,65	0	65.045,44
E-ÑA SL (PERSONA JURIDICA)	63.282,16 + 58.855,21 = 122.137,37	0	65.045,44
G-TAR LTD (JURIDICA NO RESIDENTE)	115.357,14	396.000	396.000
Fuente: Elaboración propia			

APLICACIÓN DE OTROS REGIMENES ESPECIALES

AGRUPACION DE INTERÉS ECONOMICO EUROPEA

En el caso de que no se llegue a un acuerdo entre las partes, ya sea por la negativa de G-TAR Ltd. a participar en cualquier proceso de fusión o venta de participaciones, por la imposibilidad de llegar a un acuerdo de nuevo reparto económico, por la inexistencia de un bien que pueda ser incorporado a las negociaciones para llegar a nuestro objetivo de finalizar la reestructuración, existen una serie de alternativas para que las empresas puedan aprovechar las sinergias de una colaboración de entre ellas sin necesidad de una fusión.

Figura regulada por el art. 49 TRLIS, regulado a su vez por el Reglamento (CEE) nº 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio de 1985. Similar a la Agrupación de Interés Económico Española, regulada por el art. 48 TRLIS y desarrollada por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico. Son sociedades mercantiles, con personalidad jurídica propia, cuyo fin es desarrollar alguna actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios, facilitando la actividad de los mismos o mejorando sus resultados. Si la entidad no es residente, sus socios residentes deberán integrar en su base imponible la parte correspondiente a los beneficios o pérdidas de la agrupación, aplicando para determinarlos las normas generales del IS. Los socios no residentes, con independencia de que la agrupación europea sea a su vez no residente o residente, quedan sujetos al IRNR únicamente si la actividad de la agrupación pudiera considerarse como un establecimiento permanente en España.

Las AIE tributan en régimen de “transparencia fiscal”. La transparencia fiscal supone que la renta obtenida por la AIE se traslada íntegramente a los socios de la misma, en la proporción que les corresponda; de modo que la base imponible positiva se imputa o se traslada a los socios, integrándose en la renta de estos últimos en el Impuesto sobre Sociedades, con la particularidad de que no se aplicará limitación alguna respecto de la imputación de bases imponibles negativas. No tributan en el IS por la parte de base imponible correspondiente a los socios, sino que se imputarán a dichos socios. Los pagos a cuenta soportados por la AIE son imputados a sus socios, quienes pueden deducirlos en las correspondientes liquidaciones que realicen por el IS. El régimen fiscal especial en este caso está previsto en el artículo 25 de la Ley 12/1991 de AIE, en el cual se establece que “1. Las operaciones de constitución, aportación de los socios y su reducción, de disolución y de liquidación de las Agrupaciones de Interés Económico, así como los contratos preparatorios y demás documentos cuya formalización constituya legalmente presupuesto necesario para dicha constitución, gozarán de exención en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. La misma exención se aplicará a las operaciones de transformación a que se refiere el artículo 19 de la Ley 12/1991 de AIE.

En la bibliografía podemos encontrar el enlace a la página web del Ministerio de Industria donde se explica lo necesario para formalizar este tipo de empresa y cualquier otro.

ENTIDADES DE TENENCIA DE VALORES EXTRANJEROS

En el caso de que se haya llegado a un acuerdo entre todas las partes y, de una forma u otra, los socios de S-UP SL hayan conseguido el efectivo y las participaciones de H-LAND N.V., debemos buscar la forma más beneficiosa de tributación para los socios.

Esta forma de sociedad, concretadas entre los años 1995 y 2000 en los artículos 116 - 119 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y art.41 del Reglamento, con posterior ampliación en el título VII del Real Decreto 4/2004, se crea con el objetivo de crear un entorno fiscalmente favorable para las sociedades holdings y tenedoras de acciones en España.

Los ETVE pueden tener cualquier objeto, pero siempre que con determinación en sus estatutos de la finalidad de gestión de participaciones en entidades no residentes. La responsabilidad de los socios o partícipes se limita a la participación. Se benefician de exención fiscal los dividendos procedentes de sus participaciones en entidades no residentes en España, así como las rentas derivadas de la transmisión de dichos valores. La ETVE no está sujeta a impuestos ni a retenciones en España siempre y cuando la matriz de la ETVE sea una entidad no residente (y que dicha entidad no residente no pertenezca a un paraíso fiscal).

Requisitos que han de cumplir: Declaración ante la Agencia Tributaria, no tratarse de una mera sociedad instrumental y opaca, todos los valores representativos de la participación en el capital de la ETVE han de ser nominativos y que al menos el 85% de los ingresos del ejercicio se correspondan a rentas obtenidas en el extranjero.

No se pueden acoger al régimen de las ETVE: Las sociedades patrimoniales, las Agrupaciones de interés económico, españolas o europeas y las uniones temporales de Empresas.

Por lo tanto, si los socios de S-UP SL aportan sus participaciones constituyendo una Empresa de Tenencia de Valores Extranjeros, y esta inversión representa el 5% como mínimo sobre la inversión total de la sociedad, o 6 millones de euros, podrán beneficiarse de que los capitales movilizados no tributan ni a la entrada ni a la salida. Los dividendos, beneficios y plusvalías que genere H-LAND N.V. están exentos de pago. Tampoco tributa el reparto de beneficios a sus socios. Art. 21 TRLIS.

CONCLUSIONES

El presente trabajo tiene como finalidad el análisis y propuesta de soluciones a algunas dificultades que se pueden encontrar en una operación de reestructuración empresarial internacional. Con este trabajo he intentado dar respuesta al problema creado cuando nos encontramos con un acuerdo para la compra que no se ajusta a la mejor solución fiscal.

El objeto de la operación es la compra por parte de una empresa holandesa de una startup española que tiene como participantes, a partes iguales, a dos personas físicas residentes en España, y dos empresas, una de ellas con residencia española, y la otra residente en Gibraltar sin establecimiento permanente.

El importe de la compra se ha acordado en 7 MM de euros. Dos de ellos en efectivo pagaderos en dos años consecutivos. El resto en acciones de la compradora. El pago en acciones se instrumentará mediante canje de las participaciones de la startup con acciones de la adquirente. Este acuerdo conlleva una serie de implicaciones tributarias en varios impuestos.

En primer lugar he analizado diversas opciones para que la operación se lleve a cabo con las condiciones económicas acordadas, siendo de aplicación el Régimen General. En estas tres posibles soluciones vemos que la tributación de cada uno de los socios es prácticamente la misma en los tres casos. Únicamente existen pequeñas diferencias por el cambio de tipos impositivos del año 2015 al 2016 al aplicar el criterio del cobro en lugar del de devengo.

En segundo lugar he analizado diversas soluciones para poder aplicar el Régimen Especial de Fusiones y Adquisiciones para la toma de control por parte de la empresa holandesa, incluso incluyendo en la operación otro bien disponible (T-ERA SL). Los resultados en este caso son más diversos:

- La tributación más favorable para todos los socios en su conjunto ha resultado ser la de la compra de parte de las participaciones a todos ellos para, posteriormente, efectuar el canje del resto. Esta opción es también la más gravosa para los socios nacionales y la que menos para el socio no residente.
- La tributación más favorable para los socios españoles ha sido la de venta de las participaciones del socio no residente y canje del resto. En esta opción, la tributación es cero para los socios que acceden al canje mientras que el socio que vende tributa por la venta según el Régimen General.
- La tercera opción implica vender un bien disponible tributando por el Régimen General. Con ello, los socios interesados en el canje puedan obtener efectivo y comprar las participaciones del socio interesado en vender. Posteriormente proceder al canje de las participaciones entre ambas empresas. Con esta opción, la tributación es la misma para el socio no residente y los residentes tributan por la venta de acuerdo con el Régimen General.

Comparando los resultados en ambos regímenes, nos damos cuenta que la mejor tributación corresponde al Régimen Especial y que, dentro de las soluciones propuestas, hay diferencias en cuanto a la tributación individual de cada socio.

Tengamos en cuenta que la decisión de tomar una u otra solución no es meramente una cuestión matemática, sino que entran en consideración diversos aspectos de la negociación y de la política interna de cada socio: Si están interesados en conseguir maximizar beneficios, si están interesados en la entrada del nuevo socio, si la decisión de tomar una de las opciones influye sobre el buen término de la operación, etc, etc. Es posible que G-TAR Ltd decida aplazar su decisión de realización de beneficios a cambio de una menor tributación, como vemos en la primera solución del Régimen Especial. En contrapartida, los demás socios aceptan una mayor tributación a cambio de conseguir una parte de la venta en efectivo en lugar de todo en valores. Si G-TAR Ltd sigue con su intención de vender, la mejor opción para el resto de socios es la segunda solución, donde su tributación es cero. Las soluciones del Régimen General solamente deben ser tomadas en cuenta en el caso de que no podamos acceder a las del Régimen Especial. Y dentro de las mismas, prácticamente es indiferente cuál de ellas elijamos, ya que la tributación es similar en todas ellas.

En tercer lugar hemos visto una posible solución en caso de que, por cualquier causa, la operación no se lleve a cabo pero ambas empresas están interesadas en las sinergias que produciría una alianza entre ambas: constituir una Agrupación de Interés Económico Europea. En este caso, este tipo de sociedad tributa en el Régimen de Transparencia Fiscal, en el que se imputa la base imponible a sus socios proporcionalmente a su participación.

Finalmente, proponemos una solución fiscal favorable para la tenencia de los valores de N-LAND N.V. por parte de los antiguos socios de S-UP SL: la constitución de una Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros. Esta forma societaria tiene evidentes ventajas, ya que su tributación es nula por los rendimientos obtenidos, tanto en el cobro de dividendos como en los incrementos de la renta en el momento de enajenar las participaciones al estar exentos de tributar, siempre que se cumplan los requisitos del art. 21 TRLIS.

BIBLIOGRAFIA

ALEZES ABOGADOS (2014) – Análisis sobre la regulación legal y fiscal de las ETVE.

<http://www.alezes.com/pdf/Nota%20informativo%20ETVE.pdf>

CONVENIO DE DOBLE IMPOSICION ENTRE ESPAÑA Y REINO UNIDO del 14-03-2013

http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/BOE_RUnido.pdf

DIRECCION GENERAL DE TRIBUTOS – Consulta Vinculante V0935-14 de fecha 02-04-2014 – SG de Tributos sobre Personas Jurídicas – Régimen de Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros.

<http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=V0935-14>

DIRECCION GENERAL DE TRIBUTOS - Consulta Vinculante V1297-12 de fecha 15-06-2012 – SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas – Compra y canje de participaciones.

<http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=V1297-12>

DIRECCION GENERAL DE TRIBUTOS – Consulta Vinculante V2049-09 de fecha 16-09-2009 – SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos – Tributación del ITPAJD.

<http://petete.minhap.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?NDoc=15046&Consulta=v0625-05&Pos=2&UD=1>

DIRECCION GENERAL DE TRIBUTOS – Consulta Vinculante V2454-13 de fecha 23-07-2013 – SG Fiscalidad Internacional – Tributación sociedad no residente.

<http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=CONSULTA&Pos=16583>

DIRECCION GENERAL DE TRIBUTOS – Consulta Vinculante V3202-13 de fecha 29-10-2013 – SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos – Tributación de las distintas modalidades del ITPAJD.

<http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=V3202-13>

DIRECTIVA 2008/8/CE (28 de noviembre de 2006) – Relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Normativas/Ficheros_Asociados_a_Las_Normativas/A2012/Directiva_IVA_2012.pdf

DIRECTIVA 90/434/CEE – Concepto de fusión mediante intercambio de acciones.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=43705&doclang=ES>

GARRIGUES – GARCIA JARRIN, PEDRO Y HERRERO TOME, RICARDO – Las reestructuraciones empresariales. Una alternativa a la crisis (30-11-2010).

<http://www.learco.es/Portals/0/30%20Nov%202010%20Aranda%20Las%20reestructuraciones%20empresariales%20Una%20alternativa%20a%20la%20crisis.pdf>

GONZALEZ, Lydia – La cooperación interempresarial a través de las Agrupaciones de Interés Económico. Universidad Europea de Madrid.

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=cooperacion%20interempresarial%20a%20trav%C3%A9s%20de%20las%20agrupaciones%20de%20inter%C3%A9s%20econ%C3%B3mico&source=web&cd=1&ved=0CCQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdiagonalnet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffichero_articulo%3Fcodigo%3D565263&ei=v_mOT9WFHYbF0QWCvfn-DA&usg=AFQjCNEw9dhI9JXwXpkRjb7EMwwHzKnBdQ

LOPEZ RIBAS, SILVIA (2001) – Tributación de la Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros Española y de sus socios. Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Crónica Tributaria nº 98, pp. 103 – 125.

http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/TenenciaValores_LopezRibas.pdf

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES – Página web – Política exterior y cooperación – Gibraltar.

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Gibraltar/Paginas/Historia.aspx>

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGIA Y TURISMO – Página web – Crea tu empresa paso a paso – Formas Jurídicas – Descripción

<http://www.creatuempresa.org/es-ES/PasoApaso/Paginas/Creatuempresapasoapaso.aspx>

REAL DECRETO 1080/1991 sobre Medidas Fiscales Urgentes (Paraísos Fiscales)

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1991-18119>

REAL DECRETO 116/2003 sobre Modificación del R.D. 1080/1991

<http://www.boe.es/boe/dias/2003/02/01/pdfs/A04294-04297.pdf>

REUER, JEFFREY J y otros (September 2013) – Executive Preferences for Governance Modes and Exchange Partners. Ed. John Willey and sons. Strategic Management Journal, Volume 34, Issue 9, pages 1104-1122.

SANCHEZ MANZANO, JOSE DANIEL (2005) – Fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones, Escisiones, Aportaciones no dinerarias y Canjes de Valores – Tesis Doctoral. Ed. Universidad de Granada.

<http://hera.ugr.es/tesisugr/15386144.pdf>

SIEIRO CONSTELA, M^a MILAGROS – La fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial. Anuario da Facultade de Dereito.

<http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2121/1/AD-5-36.pdf>

TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA – Art. 355.3 – Gibraltar.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r3-ttce.p7t1.html#a355

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS – Sentencia del 21-07-2005 – Asunto C349/03 – Tratado de la CEE sobre Gibraltar.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=54095&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14420>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS – Sentencia del 23-09-2003 – Asunto C30/01 – Comisión/Reino Unido.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48615&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14584>

TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL – Doctrina – Resolución 03050/2008/00/00 - Asunto: IVA. Devoluciones a empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto.

<http://serviciostematicos.minhap.gob.es/dyctecac/criterio.aspx?id=00/03050/2008/00/0/1>

TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL – Doctrina – Resolución 03050/2008/00/00 - Asunto: IVA. . Devoluciones a empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto.

<http://serviciostelematicos.minhap.gob.es/dyctecac/criterio.aspx?id=00/04399/2008/00/0/1>

TRIBUNAL SUPREMO - Sala de lo Contencioso-Administrativo, Nº de Recurso: 3874/2011. ECLI:ES:TS:2013:3728 – Precio aplazado en venta de participaciones sociales.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6805979&links=precio%20aplazado%20venta%20participaciones%20sociales&optimize=20130719&publicinterface=true>