La figura del EP en las operaciones de aportación no dineraria internacional

Enrique Ortega Carballo
Socio en Gómez-Acebo & Pombo Abogados

Rocío Arias Plaza
Abogada en Gómez-Acebo & Pombo Abogados

Álvaro Romero Martínez
Abogado en Gómez-Acebo & Pombo Abogados

Carta Tributaria. Revista de Opinión, Nº 97, Sección Observatorio, Abril 2023, CISS

LA LEY 3577/2023

Resumen

La actual complejidad de la economía provoca la continua reestructuración de grupos empresariales, buscando así nuevas oportunidades de negocio e incrementar su competitividad.

Para que la fiscalidad no constituya un freno a la realización de este tipo de operaciones de reestructuración, el régimen especial de neutralidad fiscal recogido en nuestra Ley del Impuesto sobre Sociedades, inspirado en la normativa comunitaria, permite diferir la tributación de las rentas puestas de manifiesto, si bien, para mantener la capacidad de gravamen sobre dichas rentas diferidas, se exige en determinados casos la afección de los bienes transmitidos a un Establecimiento Permanente en España.

Se plantea así la particularidad de aquellos casos en los que el Establecimiento Permanente nace como consecuencia de la propia operación de aportación no dineraria, y cuya actividad principal puede consistir en la gestión de las acciones y participaciones sociales que se afectan a su actividad de *holding.*

Palabras clave

Impuesto sobre Sociedades; operaciones de reestructuración; aportación no dineraria internacional; establecimiento permanente; fusiones; escisiones; canje de valores; diferimiento de tributación; garantía del gravamen posterior; sustancia; motivos económicos válidos.

Abstract

The current complexity of the economy leads to the continuous restructuring of business groups, seeking new business opportunities and increasing their competitiveness.

In order that taxation does not constitute an obstacle to the implementation of this type of restructuring transactions, the special tax neutrality regime provided by our Corporate Income Tax Law, inspired by EU regulations, allows the deferral of the taxation of the capital gains, although, in order to safeguard the ability to tax such deferred capital gains, the connection of the assets transferred with a Permanent Establishment in Spain is required in certain cases.

This raises the particularity of those cases in which the Permanent Establishment is created as a consequence of the non-monetary contribution transaction itself, whose main activity may consist of the management of the shares connected to its holding activity.

Keywords

Corporate tax; restructuring operations; international non-monetary contribution; permanent establishment; mergers; splits; exchange of securities; deferral of the taxation; ensure the ultimate taxation; substance; valid comercial reasons

I. Introducción

En una economía global, son cada vez más frecuentes aquellas operaciones de reestructuración de grupos societarios que no se limitan a una única jurisdicción, sino que por el contrario despliegan efectos en distintos países. En este sentido, son numerosos los motivos económicos y de negocio que pueden incentivar a dichos grupos empresariales a llevar a cabo las citadas operaciones, impulsados, por lo general, por la propia evolución de su negocio y presencia en la economía en un entorno de globalización económica y de fuerte competitividad.

Ante dicha situación, la política tributaria de cada jurisdicción debe asegurar que la carga tributaria no sea en ningún caso un freno a aquellas operaciones que vienen motivadas por la propia evolución de las compañías, sino que, por el contrario, se asegure una cierta continuidad en el desarrollo del negocio sin incluir trabas adicionales.

Con el objetivo de alcanzar lo anterior, el marco normativo de partida es definido actualmente por la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (la «Directiva») (1) .

Tal y como recogen los considerandos de la Directiva, este régimen fiscal común debe evitar una imposición con ocasión de la realización de dichas operaciones, que no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros, de manera que las empresas puedan adaptarse a las exigencias del mercado interior, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional.

En el ámbito nacional, la normativa interna española establece un régimen fiscal de neutralidad para las operaciones de reorganización empresarial inspirado en la Directiva. El citado régimen fiscal encuentra su regulación en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (el «IS» y la «Ley del IS»), cuyo Capítulo VII del Título VII contempla un régimen especial aplicable a 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 (el «Régimen especial de neutralidad fiscal») (2) .

Sentado lo anterior, el presente análisis pretende aportar una reflexión sobre aquellos aspectos que, ante una operación de aportación no dineraria empresarial internacional de un grupo multinacional, pueden plantearse de cara a la posible aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal.

II. Operaciones de reestructuración internacional amparadas por el Régimen especial de neutralidad fiscal: requisitos

En aquellas operaciones de reestructuración que cuentan con una vertiente internacional como consecuencia de la intervención de una entidad no residente en territorio español, la normativa nacional exige ciertos requisitos de cara a la posible aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal, todos ellos motivados por el mantenimiento de la capacidad de gravar en territorio español las rentas diferidas que puedan ponerse de manifiesto en la aplicación del citado Régimen.

A este respecto, la propia Directiva, en su considerando quinto, establece dos objetivos fundamentales que deben convivir en la aplicación de este régimen fiscal común: por un lado, evitar una imposición con ocasión de la realización de estas operaciones; y, por otro lado, salvaguardar los intereses financieros del Estado miembro de la sociedad transmitente o dominada.

En concreto, la Ley del IS, en función de la operación de reestructuración proyectada, así como de los sujetos intervinientes, exige determinados requisitos ligados a la residencia fiscal de las entidades transmitentes y/o adquirentes.

Lo anterior debe ser completado con aquellos supuestos en los que, como consecuencia de la operación de reestructuración realizada, se genera una plusvalía, ya no sólo en sede del socio transmitente, sino también en sede de la propia sociedad objeto de transmisión, como es en el caso de la fusión y de la escisión. Ante dichos supuestos, la Ley del IS exige que los bienes y derechos transmitidos que se encuentren situados en territorio español queden afectos a un establecimiento permanente («EP») situado en territorio español cuando la entidad adquirente resida en el extranjero, manteniendo así España la capacidad de gravar la renta generada en sede de los bienes y derechos transmitidos y que es objeto de diferimiento.

II.1. Fusiones y escisiones

La Ley del IS aborda, en primer lugar, los requisitos exigidos con respecto a las operaciones de reestructuración proyectadas mediante una fusión o una escisión, ya sea total o parcial. De este modo, si atendemos por un lado a los bienes y derechos objeto de transmisión, cabe diferenciar las siguientes situaciones (3) :

1) En aquellos supuestos en los que la entidad adquirente no sea residente fiscal en territorio español (con independencia de que lo sea en un Estado miembro de la UE o en un tercer Estado) y **losbienes y derechos transmitidos estén situados en territorio español (constituyan un EP o no)**, la norma española exige que dichos bienes queden afectos a un EP situado en España, o que, tratándose de bienes constitutivos de un EP situado en territorio español, dicho EP se mantenga con posterioridad a la realización de la operación artículo[77.1.a) y d) de la Ley del IS], conservando de ese modo España la capacidad de gravamen de las plusvalías latentes existentes en los bienes y derechos transmitidos situados en territorio español.

2) En aquellos casos en los que **la transmisión se refiera a un EP situado en un Estado miembro de la UE distinto de España** en favor de entidades que residan en dicho Estado, y la entidad transmitente sea residente en territorio español, la normativa exige que las entidades adquirentes beneficiarias, residentes en dicho Estado miembro de la UE, revistan una de las formas enumeradas en la parte A del anexo I de la Directiva y estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en la parte B de su anexo I [artículo 77.1.b) de la Ley del IS]. La aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal, en este caso, está inspirada por lo dispuesto en la Directiva (artículo 10.1, cuarto párrafo) y parece basarse en el hecho de que la capacidad de gravamen quedará garantizada por quedar situado el EP en el mismo Estado miembro de la UE en el que reside la entidad adquirente y estar esta última protegida por la Directiva por cumplir con la forma y régimen de tributación exigidos.

3) Por otro lado, se contempla el supuesto en el que **el objeto de la transmisión sea un EP situado en el territorio de un Estado no perteneciente a la UE**, en cuyo caso se exige que tanto la entidad transmitente como la entidad adquirente sean residentes en territorio español [artículo 77.1.c) de la Ley del IS]. En este caso, tratándose de un EP situado fuera de la UE, parece que el legislador entiende que la capacidad de gravamen futuro solo puede quedar garantizada si la transmisión se produce entre entidades residentes en España.

4) Por último, se recoge el supuesto particular en el que **los bienes transmitidos consistan en participaciones en entidades residentes en territorio español**, en cuyo caso, cuando la entidad transmitente no sea residente fiscal en territorio español, es necesario que la entidad adquirente resida en el mismo país o territorio que la transmitente, o en otro Estado miembro de la UE, siempre que, en este último caso, tanto la entidad transmitente como la adquirente

revistan una de las formas enumeradas en la parte A del anexo I de la Directiva, y estén sujetas y no exentas a alguno de los impuestos mencionados en la parte B de dicho anexo [artículo 77.1.e) de la Ley del IS]. Nuevamente, la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal en este supuesto parece estar inspirada por lo dispuesto para los casos recogidos en los apartados 2 y 3 anteriores, en el sentido de que la capacidad de gravamen quedará garantizada por tratarse de una transmisión entre entidades residentes en el mismo país o territorio o, en caso de que la entidad adquirente resida en un Estado miembro de la UE, estar esta última protegida por la Directiva por cumplir con la forma y régimen de tributación exigidos.

Por otro lado, si atendemos a los socios en las operaciones de fusión y escisión, para la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal y consiguiente diferimiento en la tributación de las plusvalías puestas de manifiesto en sede de dichos socios, los socios deben ser residentes en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la UE. En el caso de tratarse de socios residentes en un Estado no perteneciente a la UE, se exige que los valores sean representativos del capital social de una entidad residente en territorio español.

Como se puede observar, los requisitos de residencia exigidos para la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal y consiguiente diferimiento en la tributación de las plusvalías materializadas en las operaciones de fusión y escisión, persiguen garantizar su gravamen ulterior en el momento de su realización efectiva, en línea con lo dispuesto por la Directiva (considerando séptimo).

II.2. Canjes de valores

En lo que respecta a las operaciones de canje de valores, el artículo 80 de la Ley del IS establece un doble requisito relativo a la residencia de las sociedades intervinientes, de cara a la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal. De este modo, resultará de aplicación el citado régimen siempre y cuando:

1) los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la UE o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España; y,

2) la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En este caso, en línea con lo establecido por la Directiva, este doble requisito persigue garantizar el gravamen ulterior de las plusvalías diferidas con ocasión de la realización de la operación de canje.

II.3. Aportaciones no dinerarias de acciones o participaciones

Con carácter previo, cabe indicar que la Directiva recoge exclusivamente las aportaciones de activos constitutivos de ramas de actividad. No obstante, esta Directiva constituye una norma de mínimos, y España extendió la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal a operaciones transfronterizas de aportación de activos que no constituyan rama de actividad, calificando expresamente como operaciones protegidas las operaciones de aportación de acciones o participaciones que cumplan los siguientes requisitos:

A) Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en este por medio de un EP al que se afecten los bienes aportados.

B) Que, una vez realizada la aportación, el aportante participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 %.

C) Que las acciones o participaciones aportadas representen una participación de, al menos, un 5 % de los fondos propios de la entidad, se posean de manera ininterrumpida por el aportante

durante el año anterior a la fecha en que se formalice la aportación, y no sean representativas de una entidad que no realice una actividad económica con sus propios medios (4) .

Como se puede observar, el requisito de residencia recogido en la letra a) anterior, en línea con los requisitos de residencia establecidos para las demás operaciones de reestructuración protegidas por el Régimen especial de neutralidad fiscal, está destinado a garantizar el mantenimiento por parte de España de la capacidad de gravar las rentas objeto de diferimiento, en la medida en que la entidad que recibe la aportación de las acciones o participaciones debe ser residente en territorio español o realizar una actividad en España a través de un EP al que se afecten las acciones o participaciones recibidas.

III. Particularidad del nacimiento de un EP con ocasión de una operación de aportación no dineraria internacional

Sentado lo anterior, y siendo el objetivo primordial del presente análisis, resulta relevante abordar aquellos supuestos en los que el nacimiento del EP viene ocasionado como consecuencia de la propia operación de aportación no dineraria llevada a cabo, en contraposición a aquellos casos en los que la entidad adquirente ya disponía de un EP con carácter previo a la realización de la operación de aportación.

«Siguiendo la finalidad y el espíritu de la Directiva, en las operaciones de aportación no dineraria de acciones o participaciones sociales, no debería existir inconveniente por el hecho de que las citadas acciones o participaciones quedasen afectas a un-EP en España que naciera con motivo de la realización de la propia aportación

En concreto, en aquellos supuestos de aportaciones no dinerarias del artículo 87 de la Ley del IS en las que la entidad que recibe la aportación no sea residente fiscal en territorio español, se exige que «*realice actividades en este por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados*» (letra a) del citado artículo 87.1 de la LIS).

La cuestión que se plantea es si la realización de actividades en España por medio de un EP debe existir con anterioridad a la realización de la operación de aportación o, por el contrario, es posible el nacimiento de dicho EP como consecuencia de la realización de la operación de aportación al que se afecten las acciones o participaciones sociales aportadas.

En este sentido, se consideran elementos patrimoniales afectos a un EP los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto. Y, para el caso concreto de que los bienes transmitidos sean acciones o participaciones sociales, los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad sólo se consideran elementos patrimoniales afectos a un EP cuando éste sea una sucursal registrada en el Registro Mercantil y dichos activos se reflejen en los estados contables del EP (5) .

La normativa fiscal española no se pronuncia expresamente sobre la exigencia o no de que la entidad adquirente en la aportación disponga de un EP en España con anterioridad a la realización de la operación de aportación o como consecuencia de ella. Por tanto, a falta de disposición en contrario, el Régimen de neutralidad fiscal debería ser aplicable si en la fecha en la que se realizase la operación de aportación, y como consecuencia de la misma, la entidad adquirente constituyese un EP en España que realizase la actividad de *holding* en territorio español respecto de cualquier acción o participación social que pudiese poseer y afectase a dicho EP en España.

La viabilidad de lo anterior resulta reforzada si atendemos a la finalidad que persigue el requisito de residencia de la entidad adquirente de las acciones aportadas recogido en la letra a) del citado artículo 87 de la LIS, que se concreta en que la jurisdicción española conserve la capacidad de gravamen sobre las rentas que son objeto de diferimiento con ocasión de la aportación no dineraria realizada, ya que, de otra forma, no podría mantenerse.

Llegados a este punto, resulta relevante acudir a la Directiva, puesto que la misma recoge exclusivamente las aportaciones de activos constitutivos de ramas de actividad. No obstante, tal y como ya se ha indicado, constituyendo la Directiva una norma de mínimos, España ha extendido la aplicación del Régimen de neutralidad fiscal a operaciones transfronterizas de aportación de activos que no constituyan rama de actividad, calificando expresamente como operaciones protegidas las operaciones de aportación de acciones o participaciones con unos mínimos de participación de los fondos propios de la entidad (5 %), si bien las sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos adicionales destinados a garantizar el mantenimiento por parte de España de la capacidad de gravar las rentas objeto de diferimiento.

En relación con estas operaciones de aportación, la finalidad del EP a que se refiere la Directiva puede servir como elemento interpretativo; a este respecto, el considerando séptimo de la Directiva dispone lo siguiente: «*el régimen de diferimiento, hasta su realización efectiva, de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados, aplicado a los de dichos bienes destinados al citado establecimiento permanente, permite evitar la tributación de las plusvalías correspondientes, al tiempo que se garantiza su gravamen ulterior por parte del Estado miembro de la sociedad transmitente en el momento de su realización*».

Es decir, el EP es el instrumento fiscal que salvaguarda que cada jurisdicción pueda gravar en su momento el diferimiento conseguido por el contribuyente.

Adicionalmente, cabe indicar que la Ley del IS, en relación con las operaciones de fusión y escisión, exige que los elementos transmitidos «*quedenafectados a un establecimiento permanente situado en territorio español*» [artículo 77.1.a) y d) de la Ley del IS].

De lo anterior cabe extraer la idea de que el nacimiento del EP es el elemento necesario para el control del diferimiento de las rentas derivadas de la transmisión, y por ello la obligación de quedar afectos a un EP situado en territorio español, logrando así que la jurisdicción española pueda gravar dichas rentas en el momento en que se trasfieran por dicho EP, esto es, en el momento de su realización efectiva.

Por tanto, siguiendo la finalidad y el espíritu de la Directiva, en nuestra opinión, en las operaciones de aportación no dineraria de acciones o participaciones sociales, no debería existir inconveniente por el hecho de que las citadas acciones o participaciones quedasen afectas a un EP en España que naciera con motivo de la realización de la aportación.

IV. Sustancia y actividad del EP

Una vez analizada la naturaleza del EP como medio para asegurar la capacidad de someter a tributación las rentas objeto de diferimiento, resulta relevante analizar la posible actividad desempeñada por ese EP y la sustancia del mismo. Siguiendo con lo expuesto en el epígrafe anterior, cabe analizar las particularidades que se plantearían en aquellos casos en los que la totalidad de los bienes transmitidos y afectados a un EP en España son acciones y participaciones sociales.

«En aquellos supuestos en los que como consecuencia de una operación de aportación no dineraria, los activos objeto de transmisión quedasen

Así, en cuanto a la posibilidad de que el EP desarrolle de manera efectiva una actividad de *holding* en España mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, se debe señalar que estamos ante un concepto amplio, cuya aplicación, en cada caso concreto, dependerá de las diferentes situaciones empresariales que pueda poner de manifiesto la realidad económica.

afectos a un EP, no debería existir inconveniente en que dichos activos pudieran quedar afectos a la actividad de holding, siempre y cuando dicho EP disponga de la adecuada sustancia económica»

Es notorio que en el ámbito internacional se viene exigiendo que toda estructura societaria cumpla el *test* de sustancia económica en la jurisdicción de residencia de las distintas entidades integrantes de la misma. Así pues, a falta de una definición legal específica, la existencia de la necesaria sustancia económica se viene analizando desde la perspectiva de los criterios, administrativos y jurisprudenciales existentes en cada jurisdicción y que, con carácter general, hacen referencia a la existencia de motivos empresariales suficientes para la creación de la entidad, a la forma en que la misma es gestionada y a la existencia de medios materiales y humanos.

En el ámbito de los tribunales españoles, cabe citar la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2021, que en un supuesto de una sociedad *holding* de un grupo internacional, concluye que no realiza una actividad empresarial, en el sentido de organización por cuenta propia de medios humanos y materiales, argumentando lo siguiente: «*Pese a las alegaciones de la actora, los supuestos medios con que cuenta en Luxemburgo, una directiva y una oficina, resultan insuficientes para considerar que cuenta con una estructura mínima para desarrollar una actividad económica y concluir que la misma no resulta artificial, que es en lo que insiste el TJUE. Así, se llega a la conclusión, de acuerdo con la Inspección, de que ni la recurrente ni las sociedades luxemburguesas cuentan con activos fijos ni trabajadores, no bastando con la participación común de dos consejeros en las sociedades de Luxemburgo».*

También la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 16 de noviembre de 2022, concluye que no hay un EP en España de la sociedad recurrente al considerar que no desarrolla una verdadera actividad empresarial, sobre la base de los siguientes hechos: «*No dispone de empleados, no produce ni fabrica nada, tampoco distribuye, no genera rentas empresariales y los miembros de su Consejo de Administración tienen poderes limitados […], sin haber acreditado su participación en cuestiones relevantes de la sociedad*». Y añade que «*la entidad no está inscrita en el Registro Mercantil, la entidad tiene su sede en las oficinas de las participadas y no tiene trabajadores en España*», concluyendo así que, no puede determinarse la realización de una actividad económica, puesto que al no estar afectas las participaciones, la actividad desarrollada para su gestión tampoco lo estaría.

Es interesante lo recogido en la última sentencia citada, dado que se trata de un supuesto en el que se analiza la posibilidad de que un EP realice una actividad de holding, y dicho análisis no se rechaza de manera absoluta por el hecho de que se trate de un EP, sino que, en función de las circunstancias concurrentes (ausencia de empleados, ausencia de participación del Consejo de Administración en la toma de decisiones relevantes, ausencia de ordenación de medios de producción y distribución de bienes y servicios, y, en definitiva, ausencia de actividad económica; sumado al incumplimiento del requisito de inscripción en el Registro Mercantil), se considera que las participaciones no están afectas a un EP que desarrolle una actividad económica.

Llegados a este punto, resulta necesario traer a colación la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma (*Shell companies*) a efectos fiscales (la «Propuesta de Directiva»). A pesar de que estamos ante una Propuesta de Directiva y, por tanto, habrá que estar a lo que resulte de su tramitación (6) , desde su publicación a finales del año 2021, ha tenido una gran repercusión a nivel internacional, por lo que resulta un elemento necesario a la hora de evaluar cualquier estructura de inversión internacional, al establecer una serie de indicios objetivos para considerar que una entidad no tiene sustancia económica.

La Propuesta de Directiva establece tres criterios objetivos que sirven de indicadores de sustancia mínima:

a) la empresa dispone de instalaciones propias en el Estado miembro o de instalaciones para su

uso exclusivo;

b) la empresa cuenta al menos con una cuenta bancaria propia y activa en la UE; y,

c) al menos un director es residente fiscal en el mismo Estado miembro de la UE que la empresa o, alternativamente, la mayoría de los empleados a tiempo completo que participan en las actividades principales generadoras de ingresos de la empresa, son residentes fiscales en el mismo Estado miembro de la UE que la empresa o lo suficientemente cerca para realizar adecuadamente sus funciones.

Si uno o más de los indicadores requeridos en las letras (a) a (c) no se cumplen, entonces existe la presunción de que la entidad no tiene una sustancia mínima, si bien la empresa puede aportar pruebas adicionales que refuten esta presunción y corroboren la realización de actividades comerciales generadoras de las rentas pertinentes.

En conclusión, en aquellos supuestos en los que como consecuencia de una operación de aportación no dineraria los activos objeto de transmisión quedan afectos a un EP, no debería existir inconveniente en que dichos activos puedan quedar afectos a la actividad de *holding*. Sin embargo, dicho EP deberá disponer de la adecuada sustancia económica en España, y no ser un mero instrumento. Así, para evaluar si los medios utilizados son suficientes o adecuados, deberá atenderse a la propia estructura del grupo y a las distintas actividades realizadas por las entidades que lo conforman, debiendo tener presente también la evolución que la Propuesta de Directiva tenga.

V. Necesaria existencia de motivos económicos válidos

Finalmente, resulta necesario hacer una mención a la exigencia recogida en la Ley del IS relativa a la existencia de motivos económicos para que sea aplicable el Régimen especial de neutralidad fiscal. En este sentido, la aplicación de dicho Régimen exige que la operación se realice por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, y no con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

Sin ánimo de realizar un extenso análisis de lo que, a día de hoy, entienden la doctrina administrativa y nuestros tribunales como motivos económicos válidos de cara a la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal, se exponen a continuación ciertos motivos reconocidos por la Dirección General de Tributos (la «DGT») como válidos y vinculados a la jurisdicción de residencia de las entidades intervinientes en la operación.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que los motivos vinculados a la jurisdicción de destino de la operación, como pueden ser las características del mercado en lo que se refiere a aspectos legales o regulatorios, constituyen exclusivamente uno de los posibles motivos que pueden aducirse para la realización de este tipo de operaciones de reestructuración internacional, siendo necesario que dichos motivos se sumen a otros como pueden ser, por ejemplo y dependiendo de cada caso, el aumento de la productividad, el refuerzo de la posición de competitividad en el plano internacional, la generación de sinergias o la mejora en los ratios financieros de las entidades.

A este respecto, y en relación con la existencia de motivos económicos válidos para la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal a operaciones de reestructuración internacional, la DGT ha venido a reconocer en determinadas operaciones sometidas a consulta, entre otros, los siguientes:

— V1148-16, de 22 de marzo de 2016 (LA LEY 1245/2016):

Fusión transfronteriza en virtud de la cual una entidad domiciliada en Países Bajos (H), titular de inmuebles situados en Alemania destinados al arrendamiento, absorbe a dos entidades residentes en España, cuya actividad económica consiste en el arrendamiento de inmuebles situados en dicho territorio, siendo una de dichas entidades (X) la *holding* de la entidad desarrolladora de

dicha actividad (Y).

En dicha consulta se indica que, en el acto de la ejecución de la operación de fusión, todos los activos propiedad de Y quedarán afectados a un EP situado en territorio español, sujeto a imposición en España. Como hemos visto y es objeto del presente análisis, la afección de los activos a un EP situado en España constituye un requisito necesario para la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal.

Algunos de los motivos alegados en la citada operación, que se consideran económicamente válidos por parte de la DGT, se refieren a la jurisdicción de destino de la operación distinta de la española, y son los siguientes:

- «*Adquisición de nuevos inmuebles en el ámbito europeo con su gestión y administración desde Holanda, país cuya distancia a las zonas económicas de mayor actividad económica en Europa es reducida*».
- «*Localización más adecuada para la realización de nuevas adquisiciones inmobiliarias en Europa y la gestión de su arrendamiento*».

— V1533-13, de 7 de mayo de 2013 (LA LEY 1779/2013):

Fusión transfronteriza en virtud de la cual una sociedad luxemburguesa absorbe a una entidad residente en territorio español, que ha venido desarrollando la actividad aseguradora en España, Francia (a través de una sucursal) y Portugal (en libre prestación de servicios).

En dicha consulta se indica que la entidad absorbente luxemburguesa no cuenta con un EP en España y tampoco lo tendrá como consecuencia de la fusión, y que los activos, pasivos y derechos de la entidad absorbida española no se afectarán a un EP en España.

Con base en la normativa española recogida en el apartado 1 del presente artículo, la DGT concluye que la sociedad española deberá integrar en su base imponible las rentas derivadas de la operación de fusión que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones de los bienes y derechos situados en territorio español, dado que la sociedad luxemburguesa no va a afectarlos a un EP situado en territorio español. Es decir, no cumpliéndose el requisito analizado de afección de los activos situados en territorio español a un EP situado en dicho territorio, no cabría la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal.

Asimismo, en cuanto a la transmisión de la sucursal situada en Francia, y asumiendo que la sociedad luxemburguesa reviste una de las formas enumeradas en el anexo de la Directiva y está sujeta y no exenta a alguno de los tributos mencionados en la misma, la DGT concluye que la sociedad española no integrará en su base imponible las rentas derivadas de la operación de fusión que se pongan de manifiesto como consecuencia de dicha transmisión, en línea con lo indicado en el apartado 1 del presente trabajo.

Uno de los motivos alegados para la realización de la operación en cuestión, que se considera como económicamente válido por parte de la DGT, es el referido a la jurisdicción de destino en la operación de fusión, y se concreta en «*mejorar la eficiencia en la gestión de inversiones y riesgos inherentes al negocio, mejorando su posición frente al mercado desde una jurisdicción más favorable desde el punto del negocio asegurador, el entorno regulatorio y la visibilidad ante el mercado*».

En definitiva, siempre que existan motivos económicos válidos y se cumplan los requisitos exigidos para la aplicación del Régimen especial de neutralidad fiscal, y, en particular, el relativo a la afectación de los activos transmitidos a un EP en España, debería poder aplicarse dicho Régimen.

(1) El primer régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros fue adoptado mediante la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990. Como consecuencia de las numerosas modificaciones sufridas por la citada directiva (a saber, mediante la Directiva 2005/19/CE y 2006/98/CE y, previamente, mediante las distintas actas de adhesión de los Estados miembros a la Unión Europea), fue necesaria la adopción de la Directiva, cuyo fin primordial fue la codificación de las distintas modificaciones sustanciales sufridas por la directiva original, en aras de una mayor racionalidad y claridad.

(2) Las disposiciones recogidas en la Directiva 90/434/CEE fueron transpuestas a nuestro ordenamiento tributario mediante la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, habiendo sufrido numerosos cambios hasta su actual regulación en la Ley del IS, pero habiendo mantenido a su vez los principios y objetivos que constituyen la base del régimen fiscal.

(3) Estas reglas relativas al régimen de las rentas derivadas de la transmisión resultan aplicables a todas las operaciones a que se refiere el artículo 76 de la Ley del IS, esto es, fusiones y escisiones, pero también aportaciones no dinerarias de ramas de actividad, canjes de valores y cambios de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

(4) En particular, la Ley del IS exige que a la entidad de cuyo capital social sean representativas las acciones o participaciones sociales aportadas no le sean de aplicación el régimen especial de agrupaciones de interés económico, españolas o europeas, y de uniones temporales de empresas, ni tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.ocho.dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

(5) Artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes («IRNR» y «Ley del IRNR») y artículo 1 del Reglamento del IRNR («Reglamento del IRNR»).

(6) La Propuesta de Directiva establece como plazo máximo de trasposición el 30 de junio del 2023, debiendo aprobarse así la normativa interna que se aplicará a partir del 1 de enero del 2024.