

El TEAC continúa interpretando el alcance de la cláusula antiabuso en el régimen de neutralidad fiscal

Tras haber confirmado que una aportación no dineraria de acciones incurría en el supuesto de hecho del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el Tribunal Económico-Administrativo Central interpreta que el abuso cometido debe corregirse gravando en el aportante la plusvalía inicialmente diferida derivada de la existencia, en la fecha de la aportación, de beneficios pendientes de repartir, gravamen que procede en los ejercicios en los que el socio obtenga la disponibilidad, indirecta, de dichos beneficios.

ADRIÁN BOIX CORTÉS

Abogado senior del Área de Fiscal
de Gómez-Acebo & Pombo

LUIS VILLAR CALVO

Consultor del Área de Fiscal
de Gómez-Acebo & Pombo

LUIS CUESTA CUESTA

Socio del Área de Fiscal
de Gómez-Acebo & Pombo

PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

Profesora titular de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de La Coruña
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. El criterio del tribunal

El Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC y, en adelante también, «tribunal» y «Tribunal Central»), en su Resolución de 22 de abril del 2024 (RG 6452/2022) — cuyo criterio se reitera en otra resolución de la misma fecha (RG 6448/2022)—, analizó cuáles deben ser las consecuencias de la inaplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de

activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o de una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea (régimen FEAC) al considerar aplicable la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) por inexistencia de motivos económicos válidos, concretando qué efectos de la ventaja fiscal obtenida deben ser eliminados.

En ese caso, el tribunal analizó un supuesto en el que una persona física había realizado en el 2017 una aportación no dineraria de acciones a una entidad *holding*, a la cual la sociedad operativa le había repartido beneficios en el 2018, operación que fue objeto de una inspección tributaria que terminó con un acuerdo de liquidación relativo al impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) de los ejercicios 2017 y 2018, tras concluirse en la inspección que no procedía la aplicación del régimen FEAC a tenor del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, debiendo eliminarse, por tanto, la ventaja fiscal obtenida. La Inspección identificó el resultado fiscal abusivo en la ausencia de tributación de los dividendos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas de la parte recurrente mediante la interposición de la entidad *holding* para aplicarla exención del artículo 21 de la ley mencionada, pretendiendo así extender el «paraguas» de ésta a beneficios obtenidos por la sociedad operativa antes de que las acciones de ésta perteneciesen a esa *holding*. Sin embargo, no se cuestionó de forma explícita el efecto de la estructura creada sobre los beneficios que la operativa pueda generar en el futuro.

Consecuentemente, la Inspección imputó una ganancia patrimonial en el impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2017, en aplicación de los artículos 33 y siguientes de la Ley 35/2006, por la diferencia de valoración entre los títulos entregados y los recibidos por la recurrente, gravando así la renta generada en esa operación.

Recurrida la liquidación ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, éste determinó que, cuando se haya acreditado que se dan las circunstancias para la aplicación de la cláusula antiabuso del

artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, «deben eliminarse todos los efectos fiscales derivados de esa aplicación (indebida) que puedan concluirse como abusivos; todos ellos, pero sólo ellos», añadiendo que la solución que mejor encaja para lograr una adecuada aplicación de la citada cláusula antiabuso pasa por imputar el ajuste que se deba realizar «a medida» que el abuso se va consumando.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso analizado, el tribunal anuló la liquidación practicada por el impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2017 —no así la del ejercicio 2018—, al entender que en el 2017 no se habían producido los efectos del abuso buscado con la operación que se pretendía corregir mediante la inaplicación del régimen FEAC, por lo que en ese ejercicio no era procedente hacer ningún ajuste en aplicación del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Tras dicha resolución, la Inspección dictó un acuerdo de ejecución en el que diferenció los efectos de aquella sobre cada uno de los ejercicios regularizados. Así, para el 2017 consideró que no procedía efectuar ajuste alguno, que sí realizó en cuanto al impuesto sobre la renta de las personas físicas del 2018 por ser ése el año en que la entidad operativa repartió dividendos a la entidad *holding*.

Pues bien, tal acuerdo de ejecución fue recurrido ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, recurso que resolvió en la Resolución de 12 de diciembre del 2024 (RG 5937/2024) —cuyo criterio recoge otra resolución de la misma fecha (RG 6543-2024)—. Los argumentos invocados por la contribuyente, así como la respuesta que a ellos ha dado el tribunal, pueden sintetizarse como sigue:

- En primer lugar, la recurrente entiende que el acuerdo de ejecución citado, en lo que se refiere a la regularización de la liquidación del impuesto sobre la renta de las personas físicas del 2018, vulnera el principio que prohíbe a la Administración ir contra sus propios actos, puesto que entiende que el Tribunal Económico-Administrativo Central había confirmado en su Resolución de 22 de abril del 2024 una liquidación de ese mismo concepto y ejercicio de 0 euros.

El tribunal no comparte tal argumento, recordando que en su resolución previa al acuerdo de ejecución estableció que debía anularse la liquidación del impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2017 porque en él no se había materializado abuso alguno que debiera corregirse, pero que se debía «...corregir la consumación del abuso normativo producida en cualquier ejercicio posterior al 2017» por la realización de las plusvalías tácitas que, por sus beneficios acumulados, incorporaban las acciones cuando fueron aportadas a la entidad *holding*. Por tanto, señala ahora el Tribunal Central, de su resolución anterior se colegía claramente que era perfectamente posible regularizar el impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2018 si la Inspección concluía, como ha hecho, que en ese ejercicio, posterior al ejercicio en el que se había producido la operación en cuestión (el 2017), se materializó, al menos en parte, el abuso buscado al llevarla a cabo. Y es que, recuerda el tribunal, la correcta interpretación del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades implica que las correcciones del abuso se realicen «a medida que se produzca

aquél», esto es, «a medida que el socio, persona física, vaya logrando, de forma indirecta por medio de la *holding*, la disposición de los beneficios de la entidad operativa».

- En segundo lugar, la recurrente entiende que la Administración, con su actuación, ha vulnerado el principio de prohibición de la *reformatio in peius*, ya que, mientras la liquidación «inicial» relativa al impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2018 ascendió a 0 euros, ahora, en ejecución de esa resolución, la Administración ha practicado una liquidación por ese mismo concepto y ejercicio que arroja un importe a ingresar de 601 363,26 euros.

El tribunal tampoco comparte tal afirmación al considerar que la interdicción de la *reformatio in peius* hay que apreciarla de forma global respecto de los diferentes ejercicios cuando la regularización de todos ellos tiene el mismo fundamento, como sucede en el caso analizado. Por ello, en esta ocasión, el hecho de que el Tribunal Central considerase que en el 2017 no se había consumado el abuso no impedía a la Inspección analizar si éste se había producido en un ejercicio posterior, como así se constató en relación con el ejercicio 2018. Además, añade el tribunal, el acuerdo de ejecución no ha agravado la situación jurídica del interesado, ya que el total a ingresar derivado del originario acuerdo de liquidación de la Inspección superaba ampliamente la nueva liquidación derivada del acuerdo de ejecución.

En tercer lugar, la recurrente entiende que las sociedades son libres de decidir

si reparten como dividendos los beneficios generados en el último ejercicio —como sucedió en este caso— o si, por el contrario, el reparto se hace con cargo a las reservas disponibles procedentes de ejercicios anteriores. Por ello, considera que el acuerdo de ejecución es contrario a derecho al imputar como ganancia de patrimonio del ejercicio 2018 los dividendos repartidos por la sociedad operativa a la *holding* procedentes de la distribución de reservas de los ejercicios previos y anteriores a la aportación no dineraria, y no los beneficios que proceden de distribuir el resultado obtenido por la sociedad operativa en el ejercicio 2017 (que finalizó con posterioridad a la aportación no dineraria).

En este caso, el Tribunal Económico-Administrativo Central también discrepa de la postura de la reclamante y, para dar cumplimiento a la cláusula antiabuso, avala la aplicación del «método FIFO», conforme al cual «los resultados previos a la operación acogida a FEAC se entenderán siempre distribuidos antes que los obtenidos con posterioridad a dicha operación». Y es que, a juicio del Tribunal Central, en supuestos como el que nos ocupa, en que la operación persigue una finalidad abusiva, para proceder a su regularización «no parece que tenga sentido que la mera identificación de reservas distintas a efectos de su reparto por la entidad operativa pueda llevarnos a entender que no se ha materializado el abuso». Defender lo contrario «supondría dejar al albur de la voluntad de quienes han diseñado y participado en el abuso, la neutralización o desactivación de las consecuencias de su regularización».

El Tribunal Central entiende que la regulación mercantil y contable del beneficio repartible también confirma la solución adoptada por el acuerdo de ejecución, ya que, a efectos del reparto, los beneficios del ejercicio y las reservas de libre disposición de ejercicios anteriores están en la misma situación, siendo magnitudes fungibles e intercambiables a esos efectos. Por ello —señala el tribunal—, la única diferencia entre indicar que se reparte un dividendo con cargo a una u otra partida es la consecuencia fiscal objeto de controversia. Además —añade—, desde la perspectiva mercantil y contable existiría una preferencia (que no compartimos) por respetar la mayor correlación temporal posible entre el beneficio del ejercicio y las reservas disponibles o distribuibles de ejercicios anteriores, de forma que, si hay pérdidas de ejercicios anteriores, se considera más acorde a la imagen fiel de la empresa (de su pasado) reducir reservas de ejercicios anteriores en lugar de reducir los últimos beneficios obtenidos. La misma lógica —señala el tribunal— apunta a entender que en escenarios como el aquí analizado los beneficios que se transforman en recursos disponibles para el socio son los que primero se hayan generado.

Por otro lado, el Tribunal Central recuerda que el acuerdo de ejecución ahora ratificado tiene otros efectos además de los ya comentados. Primero, en cuanto al valor fiscal de las participaciones de la *holding*, precisa el Tribunal Central que la ganancia patrimonial computada en el 2017, y anulada, se corresponde con la disminución del valor fiscal de las citadas participaciones, que volvería a ser el de adquisición originario, mientras que el importe de la ganancia patrimonial incorporado ahora a la base imponible del socio en el ejercicio 2018 se corresponde con el aumento del valor fiscal de dichas participaciones que fuera

efectivo en ese ejercicio. Esto es, el valor de las participaciones del socio en la entidad *holding* aumentará a medida que lo haga su plusvalía inicialmente diferida, que debe ir incorporándose a su base imponible para eliminar la ventaja fiscal abusiva.

A continuación precisa el Tribunal Central que la futura imputación de la ganancia patrimonial por el futuro reparto de dividendos *dependerá* de que sigan concurriendo condiciones análogas a las que determinaron que la operación se calificara de fraudulenta, por ejemplo, en atención al *destino que haya dado la entidad holding a esos fondos recibidos*.

2. Consideraciones finales

Las recientes resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de diciembre del 2024 vienen a completar el criterio aplicado en sus resoluciones de 22 de abril del mismo año y reiteran en parte lo indicado en su Resolución de 19 de noviembre del 2024 (RG 8869/2021). Sin duda, la aplicación del método FIFO en los términos anteriormente expresados es de gran relevancia, y no en vano su justificación ocupa buena parte de los fundamentos de la resolución del tribunal. Ahora bien, podemos decir que encontramos la cuestión esencial de fondo al término de su resolución de 12 de diciembre del 2024.

Según el Tribunal Económico-Administrativo Central —y ello es un matiz esencial que incorpora en la resolución comentada—, la naturaleza abusiva de la operación habrá que analizarla ejercicio por ejercicio en función del *destino que se proporcione a los dividendos distribuidos por la sociedad operativa* (en un caso como el que nos ocupa), lo que exige a los contribuyentes que se encuentren ante una situación equiparable

(realizada o con vistas a su realización) llevar a cabo un seguimiento exhaustivo del objeto y destino proporcionado a los dividendos a repartir. Así, cabe entender que la canalización de los dividendos hacia la propia actividad empresarial descartaría la naturaleza abusiva de la operación en el ejercicio de su reparto, aunque éste sea un requisito no previsto legalmente. Ahora bien, el tipo de inversión, el tiempo en que ésta tarde en efectuarse o la total afección o no a la actividad empresarial podrían ser circunstancias determinantes para considerar tal inversión empresarial como válida a los efectos de excluir la existencia de abuso en los términos sugeridos por el tribunal. Cabe pensar así en una suerte de «rehabilitación» parcial del régimen FEAC en el tiempo, de tal manera que la reinversión en la actividad económica del dividendo percibido elimina la calificación de *abusiva* de la ventaja fiscal. Desde luego, resulta necesario a juicio del tribunal excluir un uso de los dividendos distribuidos ajeno a la actividad empresarial.

Volviendo sobre la aplicación del método FIFO en el supuesto de considerar regularizable la operación de reestructuración, conviene señalar que la opinión dada por el Tribunal Económico-Administrativo Central sobre la base de normativa contable —que ya hemos indicado que no compartimos— contrasta en parte con ésta. La Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo del 2019, en su artículo 31, se refiere a *la contabilización de la aplicación del resultado en el socio*, y dispone dos reglas que contradicen el fundamento contable de la resolución del Tribunal Central. En primer lugar, el socio que percibe los dividendos repartidos no los contabilizará como ingreso si proceden «inequívocamente de resultados generados

con anterioridad a la fecha de adquisición porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la fecha de adquisición hasta el momento en que se acuerde el reparto», lo que supone que el dividendo repartido cumpliendo lógicamente la legislación que habilita para ello (LSC) se refleja contablemente en ese caso como una disminución del coste de la participación. Y, en segundo lugar, establece el indicado artículo 31 que «[c]ualquier reparto de reservas disponibles se calificará como una operación de “distribución de beneficios” y, en consecuencia, originará el reconocimiento de un ingreso en el socio, siempre y cuando, desde la fecha de adquisición, la participada o cualquier sociedad del grupo participada por esta última haya generado beneficios por un importe superior a los fondos propios que se distribuyen». De conformidad con dicha resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en línea con lo previsto en la Norma de Registro y Valoración número 9, apartado 2.6, no se observa ningún orden o prelación en el reparto de los beneficios y sí se toman en

consideración para identificar cuándo son ingreso en sede del socio o disminución del coste de la participación.

En definitiva, la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central arroja luces y sombras sobre una cuestión controvertida que, a la vista de la solución proporcionada, no deviene pacífica y exigirá a los contribuyentes que apliquen el régimen FEAC, en primer lugar, una adecuada plasmación de los motivos económicos válidos que permitan la aplicación del citado régimen y, en segundo lugar, pero no menos relevante ante la posible discrepancia con la Administración tributaria, una evaluación de la potencial ventaja fiscal que pudiese existir, evitando que se pueda calificar de abusiva. No cabe duda que ante la interpretación que la Administración tributaria y el Tribunal Central están realizando respecto del régimen FEAC, una operación de esta naturaleza convierte en necesario y esencial disponer de las pruebas correspondientes, en origen y en cada momento temporal posterior, que permitan acreditar todas las circunstancias referidas.