

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ075281

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 8 de octubre de 2019

Sala 1.^a

R.G. 4869/2016

SUMARIO:

IS. Regímenes especiales. Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Canje de valores. Motivo económico válido. En el caso que nos ocupa, se trata de esclarecer si es motivo económico válido concentrar los activos financieros en una única entidad que no tenga riesgos financieros -avales-, para que pueda ser vehículo para inversiones futuras, o si debe rechazarse por poner en riesgo la solvencia de la entidad de la que salen los activos en perjuicio de terceros. En concreto, se trataría de determinar si, como entiende la Inspección, la ganancia patrimonial puesta de manifiesto con ocasión de un canje de valores no podía acogerse al Régimen Especial previsto en la Ley, por no existir motivos económicos válidos y sí una finalidad de evasión fiscal, o, como se alega por la entidad, la operación tuvo una finalidad económica, la de patrimonializar una sociedad para su utilización como vehículo de inversión. De la literalidad y finalidad del art. 96 RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS) resulta que «lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más», sin rechazar otros motivos económicos que conecten con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial, aceptando que lo pueda ser separar el patrimonio para limitar los riesgos de las distintas actividades desarrolladas.

Pues bien, el Tribunal considera, en contra de lo regularizado por la Inspección, que no existía un objetivo de evasión fiscal en las operaciones realizadas por el obligado tributario. La situación de partida era una sociedad, XX, S.L., cuyo carácter patrimonial reconoce la Inspección, y que tenía una participación del 25% en MM. Esta última sociedad reparte dividendos, que no tributan en XX, S.L. por la deducción por doble imposición. Y ahí podrían haber permanecido, igual que la titularidad de la vivienda del socio, si no los hubiera trasladado a otra sociedad, YY, S.L., por un motivo: eliminar riesgos patrimoniales (el aval con...) trasladando los fondos y la vivienda a otra sociedad. En la que tampoco tributan debido a la deducción antes indicada, por lo que realmente no hay una elusión de tributación. Esta sólo se habría producido si, como pretende la Inspección, lo que el Sr. Jx hubiera debido hacer es recibir los dividendos como persona física y luego invertir en su sociedad, pero ello carece de lógica económica, y desde luego, no se puede obligar a los contribuyentes a elegir la opción más gravosa desde el punto de vista impositivo cuando en el fondo nada ha cambiado en su situación patrimonial -tenía los bienes en una sociedad y ahora los tiene en otra-. En definitiva, se considera que no se ha realizado una operación de reestructuración con el objeto de conseguir una ventaja fiscal -que no ha quedado acreditada-, y que, como se alega, no se habría alcanzado la misma situación mediante otras operaciones. Así, el canje de valores y el posterior reparto de dividendos resultaron operaciones adecuadas con el objetivo de reforzar la situación patrimonial de YY, S.L. y, al mismo tiempo, retomar el patrimonio de XX, S.L. a un importe similar al que tenía en el momento de otorgar el aval a ..., para evitar así posibles perjuicios a eventuales acreedores. [Vid., STS, de 23 de noviembre de 2016, recurso nº 3742/2015 (NFJ064776)]. **(Criterio 1 de 1)**

PRECEPTOS:

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), arts. 83, 87 y 96.

Ley 35/2006 (Ley IRPF), art. 37.

En Madrid, se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver el recurso de alzada de referencia.

Se ha visto el presente recurso de alzada contra la Resolución de fecha 28 de marzo de 2016 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, por la que se desestimó las reclamaciones económico-administrativas acumuladas 28/13093/2013 y 28/26284/2013 interpuestas contra:

Acuerdo de Liquidación de Acta de disconformidad, dictado en fecha 12 de abril de 2013 por la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la Agencia Tributaria de Madrid, por el Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas ejercicio 2007, cuantía 947.657,27 euros.

Acuerdo de Resolución de Procedimiento sancionador derivado de la liquidación practicada, dictado el 10 de octubre de 2013 por la Dependencia Regional de Inspección de la AEAT de Madrid, por el Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas ejercicio 2007, cuantía 566.737,56 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-

De los antecedentes obrantes en el expediente administrativo, en relación con el presente recurso debe destacarse lo siguiente:

En fecha 3 de abril de 2012 se notificó al obligado tributario el inicio de un procedimiento de inspección relativo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ejercicio 2007, con alcance general.

En fecha 8 de noviembre de 2012 se instruyó Acta de disconformidad por el referido concepto y ejercicio, en la que la Inspección consideró que la ganancia patrimonial puesta de manifiesto en la operación de canje de valores de las participaciones de la entidad **XX, S.L.** aportadas por el interesado a su sociedad **YY, S.L.** en la ampliación de capital efectuada por ésta, no podía acogerse al Régimen Especial regulado en el Capítulo VIII del Título VII del TR Ley Impuesto sobre Sociedades, debiendo tributar conforme al régimen general por no existir un motivo económico válido, sino la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal. La referida Acta fue confirmada en todos sus términos por el Acuerdo de Liquidación de 12/04/2013, notificado el 19/04/2013.

En cuanto al expediente sancionador, se calificó de grave con ocultación la conducta del recurrente de dejar de ingresar la deuda tributaria derivada de la regularización practicada, sancionándola con multa proporcional del 75% de la cuota defraudada. La sanción fue confirmada por Acuerdo notificado el 11/10/2013.

Segundo.-

Disconforme con lo anterior, el interesado interpuso reclamaciones económico-administrativas ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, que fueron desestimadas mediante Resolución de fecha 28 de marzo de 2016, notificada el 25 de abril de 2016.

Tercero.-

Contra la Resolución del TEAR el interesada interpuso RECURSO DE ALZADA ante este Tribunal Económico-Administrativo Central en fecha 24 de mayo de 2016. La reclamación se tramita con número 00/4869/2016.

En su recurso, solicita se anule la Resolución impugnada por las siguientes argumentaciones que en síntesis se exponen:

* Como cuestión previa, incongruencia de la Resolución del TEAR por fundamentarse la misma en argumentos no expuestos por la Inspección.

* Inexistencia de conducta alguna en perjuicio de acreedores.

* La operación de canje de valores y la posterior distribución de dividendos respondieron a motivos económicos válidos, en concreto la patrimonialización de la sociedad **YY, S.L.** a fin de que pudiera ser utilizada como vehículo inversor para ejecutar una operación de adquisición sobre parte del **DD**.

* Inexistencia de infracción tributaria por ausencia de tipicidad, así como de culpabilidad en la conducta del obligado tributario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT y se cumplen, en especial, los requisitos de cuantía previstos en la Disposición Adicional decimocuarta de la LGT y el artículo 36 del RGRVA.

Segundo.

Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

Determinar si la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, citada en el encabezamiento, es ajustada a Derecho, o si, por el contrario, debe ser anulada.

En concreto, se trataría de determinar si, como entiende la Inspección, la ganancia patrimonial puesta de manifiesto con ocasión de un canje de valores no podía acogerse al Régimen Especial previsto en la LIS, por no existir motivos económicos válidos y sí una finalidad de evasión fiscal, o, como se alega por la parte actora, la operación tuvo una finalidad económica, la de patrimonializar una sociedad para su utilización como vehículo de inversión.

Tercero.

Las circunstancias del expediente a considerar son las siguientes:

1º.- En 2006 Don **Jx...** era socio único de la entidad **XX, S.L.** (...), constituida en 1999, y cuyo objeto social era por una parte la comercialización y venta de inmuebles, y por otra, el comercio mayorista de metales preciosos y joyería. El total de participaciones era de 60.490, con un valor de adquisición de 102.450,00 euros.

El 19/04/2007 adquiere la sociedad **YY, S.L.** (...), anteriormente denominada **Z SL**, por compra a su padre **Gx...** y a **Fx...** por 31.000,00 euros.

El 1 de junio de 2007 la entidad **YY, S.L.** amplía su capital social en 300.506 euros, con lo que resulta un capital de 312.526,24 euros, emitiendo participaciones con una prima de asunción conjunta de 4.000.000,00 euros. La ampliación es totalmente suscrita por el socio **Jx...**, que lo hace mediante la aportación no dineraria de las 60.490 participaciones sociales de la entidad **XX, S.L.**, con lo que **YY, S.L.** pasa a ser el socio único de aquélla, constando en la escritura que la operación se acoge al régimen fiscal especial para el canje de valores de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

El 8 de junio de 2007 la entidad **XX, S.L.** reparte al socio único **YY, S.L.** dividendos con cargo a su Reserva Voluntaria (beneficios de 2006) por importe de 2.968.511,18 euros (1.050.000,00 euros en especie, una vivienda en ..., con referencia catastral: ..., y 1.918.511,18 euros en metálico).

Dos días después, el 10/06/2007, **XX, S.L.** reparte a su socio otro dividendo: 600.000,00 euros con cargo a reservas y 450.000,00 euros como dividendo a cuenta de 2007.

Por su parte, el 8 de junio de 2007 **YY, S.L.** constituye una nueva sociedad denominada **ZI SL (...)**, con un Capital Social de 5.000,00 euros y con el objeto social de inversión mobiliaria e inmobiliaria, comercialización de inmuebles, promoción y realización de construcciones, entre otros. Y el día 18 de junio **YY, S.L.** realiza un préstamo a su participada ...por valor de 2.005.303,03 euros. A su vez, **ZI SL** adquiere participaciones en el capital de **BB SL (...)** por 2.005.303,03 euros, lo que supone una participación del 36,34% en su capital. El administrador único de **ZI SL** es **Jx...**, y asimismo es el administrador de **BB SL**.

2º.- En el ejercicio objeto de comprobación el Sr. **Jx...** figuraba como administrador, entre otras, de las siguientes sociedades:

AA SA.
CC SA.
YY, S.L..
DD SA.
XX, S.L..
ZI SL.
BB SL.

Su participación en el capital de **AA SA** ascendía al 10,42%, siendo el resto de su padre **Gx....** Esta sociedad, a su vez, era titular del 50% del capital de **DD SA**, dedicado a la promoción y construcción de viviendas de lujo, correspondiendo el resto del capital a **CC SA**, a su vez participada por **Fx...** y su hijo **Ax...**

El domicilio habitual del obligado tributario se halla en ..., vivienda unifamiliar que era propiedad de **XX, S.L.** hasta el 08/06/2007, fecha en que fue transmitida como dividendo a **YY, S.L.**

Por otra parte, **XX, S.L.** declaró en 2006 unos ingresos financieros por importe de 3.157.092,00 euros, procedentes de los dividendos repartidos por la entidad **MM SL**, ..., en cuyo capital participaba en un 25%. La sociedad **XX, S.L.** se aplicó la deducción por doble imposición intersocietaria al 100% en el Impuesto sobre Sociedades 2006, y transmitió sus participaciones en **MM** el 03/05/2007. Hay que hacer constar que **XX, S.L.** se había constituido en 2004 en avalista de **MM** en garantía de un préstamo hipotecario con ... (...), alcanzando su responsabilidad el importe de 22.800.000,00 euros.

3º.- La Inspección consideró que la operación de canje de valores realizada por el Sr. **Jx...** el 1 de junio de 2007, mediante la cual aportó sus 60.490 participaciones en **XX, S.L.**, con un valor de adquisición de 102.450,00 euros, para suscribir la ampliación de capital de **YY, S.L.** por importe de 300.506 euros más 4.000.000 de prima de emisión, no podía acogerse al régimen especial del Impuesto sobre Sociedades por carecer de motivo económico válido y tener únicamente finalidad fiscal, sometiendo a tributación por tanto la ganancia patrimonial derivada de la operación por importe de 4.198.056,00 euros.

Y la finalidad fiscal en concreto era la distribución de dividendos llevada a cabo por **XX, S.L.** a su socio único **YY, S.L.** los días 8 y 10 de junio, por importe total de 4.018.511,18 euros, de los cuales 2.968.511,18 euros fueron en metálico (casi todos los percibidos el año anterior de **MM**), y 1.050.000,00 en especie, la vivienda de ... que constituye el domicilio habitual del Sr. **Jx...** Estos dividendos hubieran debido tributar en la persona física en el IRPF, pero fueron percibidos por la sociedad **YY, S.L.**, la cual se aplicó la deducción por doble imposición intersocietaria.

4º.- Por su parte, el recurrente manifestó su disconformidad con la regularización practicada, lo que reitera ante este Tribunal, alegando que el motivo económico válido para que la operación de canje de valores se acogiera al régimen especial del Impuesto sobre Sociedades estaba plenamente justificado, consistiendo en la necesidad de patrimonializar la sociedad **YY, S.L.** a fin de su utilización como vehículo de inversión para adquirir una mayor participación en el **DD** a través de la sociedad **CC SA**.

En efecto, debido a que desde 2004 **XX, S.L.** se había constituido en avalista de **MM SL** en garantía de un préstamo hipotecario con ..., alcanzado la responsabilidad el importe de 22.800.000 euros a favor del prestamista, y a pesar del pacto verbal de levantarlo en caso de que los socios se desvinculasen de **MM**, la sociedad **XX, S.L.** no consiguió eliminar el referido aval, de forma que tuvo que buscar una alternativa válida para concentrar la capacidad patrimonial de cara a la operación corporativa de aumento de la participación en el Grupo **DD**, sin la existencia de la carga financiera. Se aportó al efecto un escrito del Banco ... señalando que el vehículo inversor imprescindible para obtener la financiación bancaria para la materialización de la inversión prevista en **DD** debería ser de máxima solvencia financiera y libre de pasivos y riesgos financieros significativos.

Así, señala que el vehículo inversor fruto de la reestructuración empresarial, la sociedad **YY, S.L.**, conseguido en una primera fase por el canje de valores al suscribir **XX, S.L.** la ampliación de capital de aquella, y luego en una segunda fase por el reparto de dividendos de la participada (**XX, S.L.**) a su socia, le permitió estar dotado de un balance saneado para poder alcanzar la financiación deseada para la adquisición de la citada participación en **DD**, valorada en un máximo de 23.000.000 euros, aunque finalmente la operación resultó fallida por circunstancias financieras, como lo ha certificado el Banco ..., ya que en esas fechas (2007) el otorgamiento de financiación inmobiliaria comenzaba a sufrir un vuelco.

El objetivo era que se mantuviera sobre **XX, S.L.** la condición de avalista que tenía y que figuraba en el certificado emitido por la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), riesgo que quedó remansado con la operación de canje de valores en esa sociedad, ahora con un valor patrimonial equivalente al que tenía cuando prestó el aval. Otras alternativas de reestructuración empresarial, como la fusión de ambas compañías, habrían llevado a que el riesgo CIRBE se hubiese encontrado en la sociedad absorbente, lo que no habría permitido al equipo directivo aumentar su solvencia de cara a obtener la financiación deseada para la adquisición de una sociedad del DD.

Como conclusión, se alegó que la operación de canje de valores y el subsiguiente dividendo obedecieron a la necesidad de crear una sociedad capitalizada y sin riesgos financieros para acometer la operación corporativa de inversión en **DD**. Así, se consiguió por un lado que **YY, S.L.** mantuviese un patrimonio acorde con la Management Buy Out (proceso por el cual los directivos que gestionan una compañía se hacen con su propiedad, es decir, pasan a ostentar la dirección y titularidad) proyectada, de cara a la obtención de financiación sin la existencia de la referida carga financiera, que hubiese lastrado su CIRBE, mientras que, por otro lado, **XX, S.L.** se mantenía en un balance similar al que tenía cuando otorgó el aval a favor de ..., por lo que ésta no puso impedimento alguno a la referida reestructuración.

5º.- El TEAR de Madrid resolvió por su parte ratificar el acuerdo impugnado en cuanto que denegaba la aplicación del régimen especial del Capítulo VII del Título VIII TRLIS, por no concurrir motivo económico válido alguno.

Así, desecha la tesis del actor defendiendo la naturaleza extrafiscal del motivo de la reestructuración, que se concretaba en la despatrimonialización de la sociedad **XX, S.L.** al objeto de salvaguardar sus activos de las consecuencias adversas que pudieran derivar por la deuda avalada del préstamo de ... por la adquisición apalancada de los inmuebles adquiridos por **MM**, traspasando su patrimonio a **YY, S.L.** mediante la operación de canje de valores y distribución del dividendo, y salvaguardando en última instancia el patrimonio del obligado tributario.

Considera el TEAR que la justificación aducida por el interesado no implicaba que se tratara de un "motivo económico válido" en el sentido requerido por la Ley. Entiende que si una determinada conducta en perjuicio de acreedores legítimos (despatrimonialización casi total de la sociedad) es fuertemente sancionada por un sector del ordenamiento jurídico, el comportamiento consistente en esa despatrimonialización con el fin de evitar un futuro alzamiento de bienes no puede ser favorecido por otro sector del mismo ordenamiento jurídico. Y que por ello no podía considerarse motivo económico válido de la reestructuración llevada a cabo el aducido por el actor, la desvinculación del patrimonio de **XX, S.L.** de los riesgos inherentes a la responsabilidad por deudas avaladas. En apoyo de su tesis el TEAR menciona Resoluciones de este TEAC (RG 6938/08, de 10/11/2009, o RG 5772/2010, de 20/12/2012), según las cuales si la única motivación apreciable de una reestructuración empresarial es la sustracción de parte del patrimonio del posible riesgo de ejecución como consecuencia del afianzamiento, al ser avalista de otra entidad y responder con su patrimonio del cumplimiento de las obligaciones ajenas, esa motivación se considera que en ningún caso justifica la aplicación del régimen especial.

En su recurso ante este Tribunal Central el interesado realiza una alegación previa precisamente sobre este pronunciamiento del TEAR. Considera que la Resolución impugnada incurre en incongruencia por fundamentarse en argumentos no expuestos por la Inspección, y que ello le genera indefensión. Estos argumentos serían las referencias a que los negocios realizados tendrían como finalidad la de eludir la responsabilidad frente a posibles acreedores, lo que por otra parte niega vehementemente.

Todas estas alegaciones serán examinadas en los Fundamentos posteriores.

Cuarto.

Lo primero a dilucidar será entonces la cuestión previa que plantea el recurrente, si realmente el TEAR se ha excedido en su Resolución de sus facultades revisoras, utilizando argumentos no planteados por la Inspección.

Pues bien, como indica la Resolución del TEAC de 09/03/2017 (rec 3011/2015) en relación con las facultades revisoras de los Tribunales Económico-Administrativos, cuestión sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de diciembre de 2012 (rec casación 559/2010): "La facultad revisora concedida a los órganos económico-administrativos versa sobre el examen de la conformidad a derecho del acto administrativo de liquidación tributaria, lo que comporta que todo lo que exceda del examen jurídico de dicha

cuestión constituye una irregularidad invalidante en su proceder, al sustituir la decisión alcanzada por los órganos de gestión por otra distinta en el curso de la reclamación interpuesta por el propio contribuyente, lo que asimismo implica un incumplimiento flagrante del papel que le atribuye nuestro ordenamiento jurídico. Si bien es cierto que el órgano económico-administrativo puede analizar todas las cuestiones que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados, estando facultado, tras el análisis del supuesto de hecho, para determinar el marco jurídico de referencia, obteniendo de su aplicación las consecuencias pertinentes, no es menos cierto que lo que no puede es alterar el supuesto de hecho determinado por el órgano de gestión (...) introduciendo en el debate un "nuevo" hecho que perjudica al reclamante (...).

Es conclusión de la jurisprudencia expuesta que, si bien la Ley concede a los Tribunales Económico-Administrativos amplias competencias revisoras pudiendo entrar a analizar cuestiones no planteadas -en cuyo caso el propio reglamento de revisión establece que deberá comunicarse al interesado-, cuando el Tribunal en sus funciones revisoras deniega la pretensión del reclamante en virtud de hechos distintos a los considerados por el órgano de aplicación de los tributos coloca al contribuyente en una indefensión procesal, al impedirle alegar sobre la misma, perdiendo una instancia revisora y obligándole a alegar por primera vez, ya en alzada, contra la cuestión nueva.

Pero se considera que ello no sucede en el presente caso. Dejando aparte que la Resolución del TEAR confirma el acto impugnado por los mismos motivos que la Inspección, transcribiéndolos literalmente, es cierto que menciona además, apoyándose en Resoluciones del TEAC, que una conducta en perjuicio de acreedores no puede constituir nunca un motivo económico válido en los términos requeridos por la LIS. Pero con ello no hace más que corroborar lo ya apuntado por la Inspección en su acuerdo, la cual, en la página 41, expresamente indica:

"Todos los indicios apuntan a que el verdadero motivo de toda la operación es la ventaja fiscal al no tributar los dividendos obtenidos de **MM** en sede del socio, en caso de que se le hubieran repartido para preservarlos de la posible responsabilidad como avalistas de la entidad mencionada dado el elevado importe del aval".

Por tanto, también en el Acuerdo de la Inspección se halla el argumento de que no constituye motivo económico válido del canje de participaciones realizado las posibles acciones para resguardarse de responsabilidades como avalista, aparte del ahorro fiscal por la no tributación de los dividendos en la persona del socio. Por lo que debe desestimarse la alegación realizada.

Cuestión distinta es si ese supuesto perjuicio de acreedores por parte de **XX, S.L.**, en el caso de que se considerase acreditado, pudiera ser causa para considerar que la operación no podría acogerse al Régimen Especial del Impuesto sobre Sociedades, por no existir un motivo económico válido para la misma.

El interesado niega tal perjuicio, y a tal efecto manifiesta que ... estuvo informada de la inversión que el obligado tributario quería realizar sobre **DD** y de la parcial despatrimonialización de **XX, S.L.** Y que, en todo caso, si realmente la patrimonialización de **YY, S.L.** se hubiera querido ejercer en perjuicio de acreedores, carecería de sentido que se materializase mediante la distribución de dividendos a su único socio y que éste mantuviese en su haber el patrimonio.

Pero, con independencia de ello, este Tribunal debe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/11/2016, rec. 3742/2015, en la que justamente se plantea este asunto. Y el Alto Tribunal, estimando el recurso contra la Sentencia previa de la Audiencia Nacional, expresamente indica:

"La Sala de instancia identifica los motivos por los que se llevaron a cabo las operaciones «separar el patrimonio de la recurrente para limitar los riesgos de las distintas actividades desarrolladas, y que las operaciones han beneficiado a las sociedades del grupo al limitar sus riesgos empresariales», en modo alguno, ni directa, ni indirectamente, conecta estos motivos con perseguir como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, sino que realiza una interpretación del art. 96 excesivamente amplia al exceder del alcance que se desprende de su literalidad y de la propia finalidad de la norma, en cuanto que se afirma que «La necesidad de concurrencia de motivos económicos válidos, no solo viene referida a la finalidad de elusión fiscal, sino también en aquellos casos en que el objetivo no sea la nacionalización y reestructuración de las actividades empresariales, en cuyo caso se disfruta de unas ventajas fiscales previstas para operaciones que no son las realizadas»; al contrario, como ha quedado expuesto, lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más, y simple y llanamente para despejar

posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista, que no concurren motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, "tales como", aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecte con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.

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

En definitiva, lo que el Tribunal Supremo entiende es que lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento es la obtención ilícita de una ventaja fiscal. Y que cualquier otro objetivo económico, incluida la intención de salvaguardar el patrimonio de posibles riesgos empresariales, cabría en un concepto jurídico indeterminado como es el "motivo económico válido" al que se refiere la LIS.

Por tanto, en el presente caso, aun cuando la operación de canje de valores y posterior distribución de dividendos a **YY, S.L.** realmente se hubiera llevado a cabo para despatrimonializar la sociedad **XX, S.L.** ante los riesgos del aval contraído con ... por las operaciones de **MM**, ello no impediría que tal operación pudiera acogerse al régimen especial del Impuesto sobre Sociedades, en tanto no se demostrara que el verdadero motivo era la obtención de una ventaja fiscal.

Quinto.

Llegamos así a la cuestión central a resolver, determinar si la operación de canje de valores adolece de motivos económicos válidos en los términos exigidos por la Ley, a efectos de aplicar el Régimen Especial de Fusiones, Escisiones, Aportaciones de Activos y Canje de Valores.

Para ello hay que empezar recordando que el art. 37 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas, establece:

"1. Cuando la alteración en el valor del patrimonio proceda:

....h) De la permuta de bienes o derechos, incluido el canje de valores, la ganancia o pérdida patrimonial se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición del bien o derecho que se cede y el mayor de los dos siguientes:

- El valor de mercado del bien o derecho entregado.
- El valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio.

...

3. Lo dispuesto en los párrafos d), e) y h), para el canje de valores, del apartado 1 de este artículo se entenderá sin perjuicio de lo establecido en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades".

En el presente caso la operación se acogió al régimen especial previsto en el Capítulo VIII del Título VII del TR de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (si bien no se comunicó tal opción a la Administración tributaria), por lo que el obligado tributario no declaró ganancia patrimonial alguna por este hecho.

Y en este texto legal (aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), en su art. 87 se establece sobre el régimen fiscal del canje de valores:

"1. No se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este Impuesto las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión del canje de valores, siempre que cumplan los requisitos siguientes:

a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la Unión Europea 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.

... b) 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.

2. Los valores recibidos por la entidad que realiza el canje de valores se valorarán por el valor que tenían en el patrimonio de los socios que efectúan la aportación, según las normas de este impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, excepto que su valor normal de mercado fuere inferior, en cuyo caso se valorarán por este último.

En aquellos casos en que las rentas generadas en los socios no estuviesen sujetas a tributación en territorio español, se tomará el valor convenido entre las partes con el límite del valor normal del mercado.

3. Los valores recibidos por los socios se valorarán, a efectos fiscales, por el valor de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según proceda. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida.

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

....

6. Las operaciones de canje de valores que no cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo no podrán acogerse al régimen previsto en este capítulo".

En cuanto a lo que se considera canje de valores, el artículo 83.5 del TRLIS establece que:

"5. Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad."

Ahora bien, la aplicación del anterior régimen especial está supeditado al cumplimiento de una condición, la cláusula antiabuso regulada en el art. 96.2 del TRLIS, a cuyo tenor:

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

Este precepto recoge de forma expresa la razón de ser del régimen especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores, que justifica que a las mismas les sea aplicable dicho régimen en lugar del régimen general establecido para esas operaciones en el artículo 37.1, h) de la Ley del IRPF. El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral en esas operaciones. Por el contrario, cuando la causa que motiva la realización de dichas operaciones es meramente

fiscal, esto es, su finalidad es conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial.

Respecto a la ausencia de motivos económicos válidos la Inspección hizo constar lo siguiente:

"(...)

La opción elegida por el obligado tributario fue la de realizar un canje de valores al acudir a la ampliación de capital de **YY, S.L.** aportando todas las participaciones de **XX, S.L.** y canalizar su inversión personal a través de dicha empresa. Esta opción le suponía un importante ahorro fiscal (la tributación de los dividendos).

Si bien es cierto que tanto las personas físicas como las personas jurídicas gozan de total libertad a la hora de planificar sus operaciones, siempre que lo hagan de acuerdo con la normativa vigente (tal como alega el interesado), siendo perfectamente legítimo elegir la opción que les resulte más favorable fiscalmente, se da el caso de que al haber una transmisión de participaciones por parte de **Jx...**, se produce una alteración patrimonial por la diferencia entre el valor de adquisición de dichas participaciones y el valor de mercado de las recibidas. El obligado tributario decidió acogerse a un régimen especial que permite el diferimiento de esta tributación y este régimen, al ser ESPECIAL, exige que la elección del contribuyente por realizar una u otra operación se deba a motivos que no sean puramente de ahorro fiscal..."

La Inspección consideró así que la ventaja fiscal obtenida era la no tributación de los dividendos en la persona física, y que, si el Sr. **Jx...** realmente quería aumentar su inversión en el **DD**, lo que tenía que haber hecho es que su sociedad **XX, S.L.** le repartiera el dividendo correspondiente al beneficio obtenido en 2006 y 2007 así como el inmueble que constituía su vivienda habitual del socio, y con ello ya habría tenido fondos suficientes. Pero esta opción le hubiera hecho tributar en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por la recepción del dividendo.

Además, la Inspección pone en duda que la intención del obligado tributario fuera patrimonializar la sociedad **YY, S.L.** como vehículo de inversión, pues indica que tanto esta entidad como **XX, S.L.** son empresas de carácter patrimonial, que se limitan a invertir en activos bancarios el exceso de tesorería, y a las que el socio carga sus gastos personales, incluida su vivienda habitual. Y que, teniendo en cuenta que la inversión prevista en **DD** necesitaría una gran financiación, dado que sus activos estaban valorados en 134 millones de euros, y que el patrimonio de **YY, S.L.**, después del reparto de dividendos por **XX, S.L.**, no superaba los 3 millones de euros, no parecería que estuviera en condiciones de acometer tal inversión. Por lo que entiende que todos los indicios apuntaban a que el verdadero motivo de la operación al no tributar los dividendos obtenidos de **MM** en sede del socio era preservarlos de la posible responsabilidad como avalista de esta sociedad.

De lo anterior se deduce que no queda claro para la Inspección cuál fue la verdadera motivación del actor para realizar la operación de canje de valores y posterior distribución de dividendos. Por una parte, parece que considera que, si el interesado pretendía realizar una inversión, lo que debía de haber hecho es distribuir los fondos de **XX, S.L.** a la persona física como dividendos, los cuales habrían tributado en el IRPF, y ésta así ya podría acometer dicha inversión. Y por otra, dice que en realidad el Sr. **Jx...** nunca habría podido realizar la inversión en **DD** (que finalmente no se llevó a cabo), y que lo que en verdad perseguía con el traslado de los dividendos y la vivienda a **YY, S.L.** era salvaguardar este patrimonio de las posibles responsabilidades derivadas del aval contraído con **MM**.

Pues bien, ya se ha indicado en el Fundamento anterior que este último motivo sí es válido, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que una operación de reestructuración como es la derivada de un canje de valores pueda acogerse al régimen especial del Impuesto sobre Sociedades. La propia Inspección, en la página 39 del Acuerdo, destaca como uno de los motivos económicos que podrían ser válidos a estos efectos el de tener "mayor capacidad para negociar mejores condiciones de financiación con entidades de créditos", lo que podría asimilarse a operaciones tendentes a la salvaguarda del patrimonio de riesgos derivados de la ejecución de un aval. Por lo que, si la operación examinada hubiera tenido esta finalidad, sí habría un motivo económico válido, y la ganancia patrimonial derivada de la misma podría acogerse al régimen especial de diferimiento.

Pero si, como también se indica por la Inspección, y además insiste en ello la parte actora, la operación realizada tuvo como finalidad conseguir un vehículo de inversión libre de riesgos ¿porque así lo exigían las entidades bancarias para proporcionar la financiación necesaria para dicha inversión- y, en vez de recibir los dividendos la persona física y luego invertir, como pretende la Inspección que hubiera debido hacer el Sr. **Jx...**, lo que se llevó a cabo fue la patrimonialización de otra sociedad del obligado tributario mediante el canje de valores y

posterior distribución de dividendos (que no tributaron en la sociedad perceptora por la deducción por doble imposición intersocietaria), hay que resolver si esa opción era legítima o tenía como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, causa de exclusión del régimen fiscal especial que señala el art. 96.2 TRLIS.

Este Tribunal considera, en contra de lo regularizado por la Inspección, que no existía un objetivo de evasión fiscal en las operaciones realizadas por el obligado tributario. Recordemos que la situación de partida era una sociedad, **XX, S.L.**, cuyo carácter patrimonial reconoce la Inspección, y que tenía una participación del 25% en **MM**. Esta última sociedad reparte dividendos, que no tributan en **XX, S.L.** por la deducción por doble imposición. Y ahí podrían haber permanecido, igual que la titularidad de la vivienda del socio, si no los hubiera trasladado a otra sociedad, **YY, S.L.**, por un motivo: eliminar riesgos patrimoniales (el aval con ...) trasladando los fondos y la vivienda a otra sociedad. En la que tampoco tributan debido a la deducción antes indicada, por lo que realmente no hay una elusión de tributación. Esta sólo se habría producido si, como pretende la Inspección, lo que el Sr. **Jx...** hubiera debido hacer es recibir los dividendos como persona física y luego invertir en su sociedad, pero ello carece de lógica económica, y desde luego, no se puede obligar a los contribuyentes a elegir la opción más gravosa desde el punto de vista impositivo cuando en el fondo nada ha cambiado en su situación patrimonial (tenía los bienes en una sociedad y ahora los tiene en otra).

Es muy ilustrativa en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada de 23/11/2016, en la que se insiste en que la pérdida del régimen especial de diferimiento sólo tendrá lugar cuando las operaciones realizadas tengan como principal objetivo el fraude o evasión fiscal:

"Volviendo a la regulación positiva resulta claro que no se aplicará el régimen de diferimiento cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, pueden existir otros motivos económicos válidos, que no sean la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades, pues como en otras ocasiones ha dicho este Tribunal Supremo, «Con tal que el negocio aspire, razonablemente, a la consecución de un objetivo empresarial, de la índole que fuere, debe decaer la idea de que, en los términos legales, "...la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal....", pues en nuestro Derecho patrio, además, los motivos e intenciones de los contratantes no tienen la importancia que, como concepto, debe atribuirse a la noción más importante y superior, desde el punto de vista jurídico, de causa, que es el elemento esencial de todo negocio jurídico en un sistema causalista como el nuestro, de suerte que no es relevante ni se precisa una indagación en la intención de los contratantes para verificar si en ellos hay, subjetivamente, un designio propiamente económico o no fiscal que justifique la operación sino que, por el contrario, lo importante es que el negocio jurídico acometido tenga causa jurídica válida, lícita y concorde con la manifestada, notas o atributos todos ellos de la causa como elemento esencial de los negocios jurídicos que en nuestro Derecho privado se presumen (vid. los artículos 1274 a 1277 del Código Civil, con especial atención hacia el último de ellos, conforme al cual "aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario")». Lo cual conduce a que sea necesario, caso por caso, despejar el concepto jurídico indeterminado de "motivo económico válido", que lógicamente surgirá del conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, pero necesariamente no puede desconectarse de los objetivos y finalidad del régimen de diferimiento, la neutralidad fiscal para hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial; y al efecto, en principio, no puede resultar determinante la concurrencia de causa válida en el negocio contractual, pues la validez de este desde el punto de vista civil o mercantil, carece de relevancia a los efectos de su calificación a efectos fiscales".

En definitiva, se considera que no se ha realizado una operación de reestructuración con el objeto de conseguir una ventaja fiscal (que no ha quedado acreditada), y que, como se alega, no se habría alcanzado la misma situación mediante otras operaciones. Así, el canje de valores y el posterior reparto de dividendos resultaron operaciones adecuadas con el objetivo de reforzar la situación patrimonial de **YY, S.L.** y, al mismo tiempo, retomar el patrimonio de **XX, S.L.** a un importe similar al que tenía en el momento de otorgar el aval a ..., para evitar así posibles perjuicios a eventuales acreedores.

Por lo que se estima el recurso presentado por el interesado, debiendo anularse la liquidación practicada por la Inspección.

En cuanto al expediente sancionador, anulada la liquidación de la que trae causa el acuerdo sancionador, deberá anularse también este Acuerdo.

Por lo expuesto,

Este Tribunal Económico-Administrativo

ACUERDA

ESTIMAR el presente recurso.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda y Función Pública.