

RESOLUCIONES DEL TEAC SOBRE OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. SEGUNDO ASALTO: RRTEAC DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2024 (8869/2021) Y DE 12 DE DICIEMBRE DE 2024 (5937/2024 Y 6543/2024)

Daniel Gómez-Olano González

*Abogado y Economista
(España)*

Resumen

El TEAC, en abril y mayo de 2024, se pronunció acerca de la aplicación del artículo 89.2 de la LIS en el caso de una aportación no dineraria de participaciones en una sociedad activa a una sociedad *holding*, realizada por parte de personas físicas. Negó la aplicación del régimen fiscal especial dado que entendió que se pretendía fundamentalmente aplicar el artículo 21 de la LIS a los dividendos que, en el futuro, percibiera la *holding*, por las reservas de la sociedad activa generadas antes de la aportación. Para la corrección de este abuso se podrá denegar al socio el beneficio del diferimiento inherente al régimen de neutralidad fiscal, de forma que las personas físicas aportantes deberán tributar en su IRPF por la ganancia patrimonial diferida, a medida que en el futuro la sociedad operativa reparta dividendos a la *holding*. En posteriores resoluciones de fecha 12 de diciembre de 2024, el TEAC concluye que, a efectos de la imputación de la ganancia patrimonial diferida en el IRPF de las personas físicas aportantes, se entenderá que los primeros dividendos repartidos a la *holding* constituyen una materialización del abuso, sobre la base de un criterio FIFO.

Palabras clave

Abuso, régimen de neutralidad fiscal, diferimiento, motivos económicos válidos, ventaja fiscal, método FIFO.

Abstract

In April and May 2024, the Central Economic-Administrative Tribunal issued several resolutions regarding the application of article 89.2 of Spanish Corporate Income Tax Law (CITL), in the case of a contribution of

shares of an active company to a holding company, made by individuals. The Tribunal denied the application of the special tax regime, on the basis that it considered the application of the exemption granted by article 21 of CITL, on the reserves generated by the active company before the relevant transaction, as the main purpose pursued. To correct this abuse, the deferral of profits inherent to the tax restructuring regime may be denied, so that the contributing individuals are taxed in their Personal Income Tax as far as the operating company distributes dividends to the holding company. In resolutions dated December 12, 2024, the same Tribunal concluded that, for the purposes of allocating the deferred capital gains to the corresponding individuals, the first dividends distributed to the holding company constitute a materialization of this tax abuse, following a FIFO method.

Keywords

Abuse, regime of tax neutrality, deferral, business purposes, tax advantage, FIFO method.

Cómo citar: Gómez-Olano González, D. (2025). Resoluciones del TEAC sobre operaciones de reestructuración empresarial. Segundo asalto: RRTEAC de 19 de noviembre de 2024 (8869/2021) y de 12 de diciembre de 2024 (5937/2024 Y 6543/2024). *Revista Técnica Tributaria*, (148), 231-240.

SUMARIO

1. Doctrina del tribunal
2. Supuesto de hecho
3. Fundamentos de derecho
4. Análisis

1. Doctrina del tribunal

En un primer asalto, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), en sus Resoluciones de 22 de abril de 2024 (6448/2022 y 6452/2022) y de 27 de mayo de 2024 (6513/2022 y 6550/2022) concluyó lo siguiente en el marco de una aportación de participaciones en una sociedad operativa a una sociedad *holding*, realizada por personas físicas:

- (i) La operación estaba motivada fundamentalmente por motivos fiscales y, por tanto, se consideraba abusiva según lo previsto por el artículo 89.2 de la Ley 27/2014 (LIS). En concreto, los motivos fiscales radicaban en la eventual exención a aplicar por la *holding* interpuesta sobre los dividendos percibidos de la sociedad operativa, ex artículo 21 de la LIS. Se entiende que tales dividendos debían haber tributado en el IRPF de las personas físicas que aportaron las participaciones a la sociedad *holding*.
- (ii) El propio diferimiento derivado del régimen de operaciones de reestructuración empresarial puede ser considerado como una ventaja abusiva a corregir.
- (iii) Se deben eliminar exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal reputados abusivos, que serán los beneficios distribuidos a la *holding*, generados antes de la reestructuración.
- (iv) La corrección del abuso debe ser imputada en el IRPF de las personas físicas que realizaron la aportación a medida que la sociedad operativa distribuya a la *holding* los referidos beneficios.

Este criterio ha sido asumido por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su Sentencia 634/2024, de 2 de septiembre de 2024, y ha sido refrendado por el TEAC en su resolución 8869/2021, de 19 de noviembre de 2024.

En un segundo asalto, el TEAC, en sus Resoluciones de 12 de diciembre de 2024 (5932/2024 y 6543/2024), se ha pronunciado sobre los actos de ejecución derivados de las Resoluciones 6452/2022 y 6448/2022, y 6513 y 6550/2022, y ha concluido lo siguiente:

- (i) A la hora de corregir el abuso en el IRPF de las personas físicas que realizaron la aportación a la *holding*, no deberá atenderse a la designación formal de las reservas que son distribuidas. Los primeros dividendos distribuidos serán considerados como materialización del abuso producido, de acuerdo con un criterio FIFO.
- (ii) La futura imputación de la ganancia patrimonial diferida en el IRPF de las personas físicas aportantes dependerá de que, en los ejercicios en los que se realicen los correspondientes repartos de dividendos, se den condiciones análogas a las que supusieron la calificación como fraudulenta de la operación de reestructuración, y que permitan confirmar dicha apreciación inicial. Condiciones tales como, por ejemplo, el destino que la *holding* otorgue a esos fondos en años futuros.

- (iii) El valor de las participaciones de los socios personas físicas en su sociedad *holding* deben ir aumentando a medida que se les impute a los mismos en su IRPF la plusvalía inicialmente diferida, como consecuencia del reparto de dividendos a la *holding*, y ello a efectos de evitar futuros supuestos de sobreimposición en el caso de ganancias patrimoniales.

2. Supuesto de hecho

En el caso abordado por estas resoluciones, dos hermanas (cada una propietaria del 47,50% de las participaciones de una misma sociedad, cabecera de un grupo de sociedades), aportan sus participaciones a dos sociedades *holding*, cada una de ellas íntegramente participada por una hermana diferente.

El TEAC comparte la posición de la Inspección de los Tributos según la cual procede aplicar la cláusula antiabuso prevista en el artículo 89.2 de la LIS, al no resultar relevantes los motivos económicos alegados, tales como la racionalización de la actividad y la gestión de la participada, la potenciación de la capacidad económica de la *holding*, la realización de inversiones con la tesorería obtenida o la preparación de la sucesión familiar.

3. Fundamentos de derecho

En las resoluciones de 12 de diciembre de 2024 el TEAC empieza por desvirtuar la *reformatio in peius* alegada por el contribuyente sobre la base de que la apreciación correcta de este principio exige una valoración global de todos los diferentes ejercicios, y en modo alguno se ha agravado la situación del recurrente, dado que la Inspección inicialmente regularizó íntegramente la totalidad de la renta diferida en lugar de regularizar el abuso producido a medida en que se materializaba el mismo, como consecuencia del reparto de dividendos a la *holding*.

En cuanto a la designación de los dividendos repartidos a la sociedad *holding* por la operativa, el TEAC razona lo siguiente:

1. No cabe considerar que se han distribuido dividendos posteriores a la operación de reestructuración, tal y como se alega por la parte demandante, pues fueron realmente repartidos dividendos acordados con anterioridad a tal operación.
2. Subsidiariamente, el tribunal justifica su decisión de la siguiente forma:
 - a) Acoge los argumentos de la Inspección según los cuales «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.»
 - b) La decisión adoptada por el tribunal con motivo del acuerdo de ejecución de las primeras resoluciones no excede de los términos

expuestos en estas, sino que supone una ejecución «en sus propios términos», siendo consecuencia obligada del adecuado entendimiento de las razones y fundamento de la interpretación del artículo 89.2 de la LIS, que ya se hace en las primeras resoluciones. De forma que el TEAC está sólo concretando las consecuencias que ya «perfiló.» Concluye que esta solución es la idónea para eliminar todos los efectos abusivos, a los efectos de que los mismos no se perpetúen *sine die*.

- c) Se empieza por admitir que ni la norma mercantil ni la contable establece preferencia alguna en cuanto al orden de distribución de los beneficios del ejercicio y de las reservas de libre disposición, de forma que son magnitudes, de cara a su reparto a los socios, fungibles e intercambiables. Tras esta primera aproximación, el tribunal posteriormente realiza dos interpretaciones analógicas:
- (i) En primer lugar, argumenta que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Resolución de 5 de marzo de 2019 del ICAC, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, «*en el supuesto de coexistir en el balance el resultado positivo del ejercicio junto con reservas disponibles, reservas indisponibles, y la reserva legal, los resultados negativos de ejercicios anteriores se compensarán materialmente y en primer lugar con las ganancias acumuladas de ejercicios anteriores en el orden que se ha indicado, antes de que se produzca la compensación material con el resultado positivo del ejercicio.*»
 - (ii) El artículo 33.3.a) de la ley de IRPF establece, en relación con las reducciones de capital por amortización de valores o participaciones, que se considerarán amortizadas las adquiridas en primer lugar. Asimismo, cuando la reducción de capital no afecte por igual a todos los valores o participaciones propiedad del contribuyente, se entenderá referida a las adquiridas en primer lugar.

Adicionalmente, el artículo 37.2 de la Ley de IRPF dispone, a los efectos de calcular el resultado de las alteraciones patrimoniales que procedan de la transmisión a título oneroso de valores, que cuando existan valores homogéneos se considerará que los transmitidos por el contribuyente son aquellos que adquirió en primer lugar.

Por otra parte, el TEAC matiza el alcance de la futura imputación de ganancias patrimoniales a las personas físicas que aportaron participaciones a la *holding*. En concreto, deberá observarse a qué finalidad se destinan los dividendos repartidos a la *holding* en años futuros. Si bien el tribunal no es preciso en su razonamiento, cabe deducir del contexto que, en el supuesto de que los dividendos repartidos a la *holding* no fueran destinados a inversiones o a gastos conectados con actividades económicas, se entendería materializado el abuso inicialmente apreciado en la operación de reestructuración.

4. Análisis

En una ya muy olvidada Sentencia del Tribunal de Justicia de Navarra, de 16 de abril de 2001, que enjuiciaba la tributación de los denominados «bonos austriacos», se negó la existencia de fraude de ley al amparo de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, y se recordaba que la Administración tributaria no tiene la capacidad de regularizar aquellas situaciones en las cuales se produce un error o deficiencia en la legislación, pues ello supondría tanto como atribuirle una potestad de creación del Derecho que constitucionalmente no le corresponde. Es esta indebida interpretación *ultra vires* la que, en esencia, subyace en el caso que nos ocupa.

Vayamos por partes. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado reiteradamente que el régimen de operaciones de reestructuración previsto en la Directiva 2009/133/CE, o en la antecedente Directiva 90/433/CE, resulta de aplicación con irrelevancia de sus motivos, que pueden ser únicamente fiscales (véanse, por ejemplo, los casos *Leur-Bloem*, *Kofoed* o *Euro Park Service*). Por tanto, la realización de una operación por motivos fiscales no es, per se, razón suficiente para considerarla como abusiva. La operación debe ser además *artificiosa* o encajar dentro de la definición de *montajes puramente artificiales*, como así viene declarando también el TJUE con carácter general, por ejemplo en los casos *Emsland-Stärke*, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* o *Cadbury Schweppes*. Nuestros tribunales de justicia suelen hacer referencia a esta exigencia de artificiosidad cuando enjuician casos supuestamente abusivos. El propio TEAC, en las resoluciones analizadas, hace una referencia a una sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016, que se hace eco de esta exigencia de artificiosidad reclamada por algunas de las citadas sentencias del TJUE.

Lo que ocurre es que, en la práctica, este tipo de referencias a la jurisprudencia comunitaria, cuando se hacen, no dejan de ser meramente protocolarias. Los motivos fiscales no son suficientes, se admite. Es necesario también apreciar la concurrencia de *artificiosidad*. ¿Y qué es la artificiosidad? Pues la realización de operaciones por motivos estrictamente fiscales. Se trata, en definitiva, de un razonamiento circular, al que también se acoge el TEAC en estas resoluciones, y que viene extendiéndose en los informes publicados relativos a la aplicación del conflicto en la aplicación de la norma. En estos informes se ha propagado la tesis de que «*no puede identificarse la artificiosidad con la realización de operaciones insólitas o complejas, pues lo cierto es que las operaciones realizadas, buscando una ventaja fiscal ilícita, pueden no revestir tortuosidad ni extravagancia.*»

Para evitar esta creciente tautología es necesario que la artificiosidad sea algo más que la mera realización de una operación por motivos exclusivamente fiscales. Deberá abusarse de las formas jurídicas, a través de caminos tortuosos o enrevesados, o a través de la interposición de *sociedades pantalla* o *fantasma*, como se afirma en el caso *Cadbury Schweppes*. En el caso *Eurofood*, una sociedad fantasma es aquella que no ejerza ninguna actividad en el territorio

del Estado en el que tiene su domicilio social. Así pues, ¿una simple aportación de participaciones a una sociedad *holding* es un abuso de las formas jurídicas, un camino impropio, tortuoso, susceptible de ser calificado como artificioso? ¿Una sociedad *holding* es, por definición, una *sociedad fantasma*? Son algunas de las preguntas que quedan latentes tras la lectura de estas resoluciones.

El test de artificiosidad acuñado por la jurisprudencia comunitaria pretende fundamentalmente conjugar la noción de abuso de Derecho tributario con el ejercicio de las libertades fundamentales contempladas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Si las personas físicas aportantes de las participaciones a la *holding* hubieran sido residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, la interpretación realizada por el TEAC habría sido difícilmente conciliable con las libertades de libre establecimiento y de circulación de capitales previstas por el Derecho comunitario originario. ¿Cabe entonces mantener un tratamiento desigual según la residencia fiscal de los aportantes?

Por otra parte, como ya apuntó Gloria Marín en esta misma revista al analizar resoluciones del TEAC en su primer asalto, desde el caso *Emsland-Stärke* es reiterada la jurisprudencia comunitaria que exige la concurrencia de un elemento objetivo para concluir que una operación es abusiva: que la concesión de la ventaja fiscal derivada de las normas aplicables resulte contrario al objetivo perseguido por ellas. En este caso, por ejemplo, el tribunal no ha analizado si la creación de una estructura societaria facilitadora de una eventual sucesión patrimonial constituye, en sí mismo, un objetivo que debería ser favorecido por la Directiva 2009/133, como medio para preservar la continuidad de las empresas familiares. El TEAC, en sus resoluciones, simplemente se limita a señalar, de manera apodíctica, que tal extremo no constituye un motivo económico válido.

En cuanto a los nuevos criterios sentados por el TEAC en su segundo asalto, expuestos en las resoluciones de 12 de diciembre de 2024, el tribunal empieza por afirmar que tales criterios no van más allá de lo que ya dijo en sus primeras resoluciones. Por tanto, en las nuevas resoluciones, en las que se pronuncia por aplicar un criterio FIFO a la hora de imputar una ganancia patrimonial diferida en el IRPF a las personas físicas aportantes, tras los dividendos repartidos por la sociedad operativa a la *holding*, se produce tan solo una ejecución de las primeras resoluciones «en sus propios términos.» Aquí el tribunal, tal vez sin saberlo, se acoge a la escuela filosófica del Nuevo Realismo de Markus Gabriel, que sostiene que la auténtica realidad no puede ser percibida a simple vista por nuestros limitados sentidos o conocimientos.

La tesis preconcebida acerca de la referida aplicación del método FIFO trata de ser encajada con fórceps en supuestos argumentos de Derecho. Pero el tribunal no acaba de tener éxito en su afán. En concreto:

- (i) En su excurso argumental, el tribunal empieza por considerar *idónea*, antes de efectuar razonamiento alguno, la tesis propuesta por la Inspección, en virtud de la cual «*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*». Se empieza así dando plena autoridad al «*principio del sentido*».

común», probablemente el menos común de los sentidos salvo, parece ser, en el ámbito del Derecho.

- (ii) Con carácter introductorio se aclara que «*el método FIFO no es la razón jurídica*». «*No es preciso, por tanto, que esta solución esté incorporada a norma alguna.*» «*El método FIFO no determina la solución adoptada, sino que la solución adoptada permite la utilización de esa expresión para, de forma sucinta, ponerle etiqueta identificativa.*» Tal vez tengan Vds. algunas dificultades para entender estos razonamientos si no han leído antes a Markus Gabriel. Una vez que lo hayan leído, es posible que sigan encontrando las mismas dificultades.
- (ii) Se empieza reconociendo que los beneficios del ejercicio y las reservas de libre disposición son intercambiables. Bajo esta premisa, ¿no resultaría más encajable en ese «principio del sentido común» partir de una estimación proporcional del «abuso materializado», en razón a lo que representan las reservas generadas en ejercicios anteriores a la reestructuración, en comparación con el importe total de las reservas distribuibles? En lugar de optar por este planteamiento, el tribunal explora posibles argumentos en busca del objetivo al que parece anclarse desde un principio: *in dubio, pro fisco*.
- (iii) A tal efecto, el tribunal efectúa una analogía con el contenido de una Resolución del ICAC que apenas respeta una mínima identidad de razón con el caso analizado. Se efectúa asimismo una analogía con determinados preceptos de la Ley del IRPF. Ambas analogías, en la medida en que pretenden extender más allá de sus términos estrictos el hecho imponible, resultan inadmisibles en virtud del artículo 14 de la Ley General Tributaria.

Merece finalmente la pena detenerse en la última acotación realizada por el tribunal. De cara a entenderse perfeccionado el fraude habrá que atender a si, en el futuro, se dan condiciones análogas a las que llevaron a calificar como fraudulenta la operación. En particular, deberá verificarse el destino efectivo dado por la *holding* a los dividendos percibidos. Parece, aquí, que el tribunal se refiere al eventual destino a fines empresariales o privados de tales dividendos.

Se opta por una novedosa valoración *dinámica* del abuso. La operación se considera inicialmente abusiva *ad cautelam*, pero el abuso no acaba de ser perfeccionado hasta que no se verifique el destino final de los dividendos percibidos por la *holding*, o concurren aquellas otras «condiciones análogas» que se tenga a bien apreciar llegado el momento. ¿Se consumará sólo parcialmente el *abuso in itinere* si parte de los dividendos se destinan a inversiones afectas a actividades económicas y parte no? ¿Y si una parte de los dividendos percibidos por la *holding* son reinvertidos en fondos de inversión a la espera de ser reinvertidos en próximas actividades económicas? ¿Hasta cuándo deberá verificarse en el futuro la posible consumación del abuso que se encuentra en tal *estado preparatorio*?

Cuando uno se adentra en determinados jardines, normalmente tiene dos soluciones: dar marcha atrás o huir hacia adelante. Si esta última es la senda

elegida, asistiremos ineludiblemente a próximos asaltos que intentarán cerrar las múltiples dudas generadas durante este tránsito por terrenos inexplorados. Esperemos que los principios de igualdad y de seguridad jurídica no acaben siendo definitivamente noqueados en el camino.