

## Alerta informativa – Septiembre 2022

Nuevo informe de la Comisión Consultiva sobre la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 15 LGT: el caso de las transmisiones concatenadas de participaciones en entidades españolas por entidades no residentes



**Iñigo Alonso Salcedo**  
Socio de Fiscalidad Internacional EY

**José Manuel Calderón**  
Consejero Académico EY Abogados

**Enrique Sánchez de Castro Martín-Luengo**  
Senior Manager de Fiscalidad Internacional  
EY

El pasado 1 de septiembre de 2022 se publicó un nuevo Informe, i.e. nº 8/2022, de la Comisión Consultiva sobre conflicto en aplicación de la norma tributaria.

El conflicto en cuestión se centra en la tributación de la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de participaciones en el capital de una entidad residente en España bajo el Impuesto sobre la Renta de No Residentes ("IRNR").

En particular, el expediente del conflicto se refiere a la realización de operaciones artificiosas concatenadas con el único efecto de eludir la tributación en España sobre la plusvalía obtenida por una entidad americana en la transmisión de las participaciones en una entidad española invocando determinadas disposiciones del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos de 1990 (en su versión aplicable en 2017).

## Antecedentes de hecho

---

El informe en cuestión deriva de un procedimiento de comprobación e investigación de carácter parcial en materia de IRNR de 2017 sobre una ganancia patrimonial derivada de la transmisión de participaciones en una sociedad residente en España por su accionista único residente fiscal en Estados Unidos.

Un Grupo Multinacional americano estaba compuesto en 2017, en lo interesante para el asunto, por una sociedad residente en España ("M Spain"), cuyo accionista único era una sociedad residente en Estados Unidos ("M Corporation").

El Grupo Multinacional inició en 2015 un proceso de integración mundial con otro grupo multinacional.

En el contexto de dicha integración se decidió transmitir las participaciones en M Spain a una sociedad holandesa ("N BV") en 2017. Dicha transmisión no se ejecutó como una transmisión directa, i.e., por M Corporation a N BV, sino que se acometió mediante la concatenación de distintas transacciones. Dicha concatenación de transacciones implicó la involucración de varias entidades intermedias entre M Corporation, como transmitente, y N BV, como adquirente final. Estas transacciones se pueden resumir como sigue:

- ▶ M Corporation aporta las participaciones en M Spain a M X Europe Inc, sociedad residente en Estados Unidos.
- ▶ M X Europe Inc aporta las participaciones a una LLC norteamericana actuando como *general partner* de una entidad en atribución de rentas holandesa (M X Netherlands CV).
- ▶ La LLC norteamericana transmite las participaciones a N BV.

Estas tres transacciones se acometieron en escrituras separadas pero ejecutadas en el mismo día y con escasos minutos de diferencia entre una y otra.

Dentro de los hechos relevantes para este asunto es importante tener en cuenta que entre M Corporation y M X Europe Inc existía otra sociedad americana ("M International Inc") que no participó en momento alguno en la transmisión de las participaciones españolas. M International Inc formaba parte del esquema societario americano como socio único de M X Europe Inc.

## Tributación de las transacciones descritas

---

Las transacciones objeto de estudio y análisis por parte de la Administración Tributaria española son las dos primeras: (i) transmisión de M Corporation a M X Europe Inc; y (ii) transmisión de M X Europe Inc a la LLC.

La ganancia patrimonial que derivaba de la primera de las transacciones habría quedado, en principio, sometida a tributación en España bajo el artículo 13.4 del Convenio entre España y Estados Unidos aplicable en 2017, ya que: (i) el transmitente detentó durante el período de 12 meses previo a la transmisión las participaciones españolas; y (ii) dicha participación representaba al menos el 25% del capital de M Spain.

No obstante, la particularidad de la tributación de esta ganancia se debe a que M Corporation, como contribuyente del IRNR, decidió no tributar por dicha ganancia bajo la aplicación del apartado 10.c) del Protocolo al Convenio entre España y Estados Unidos

aplicable en 2017, apartado que contempla una cláusula de diferimiento fiscal aplicable a operaciones de reestructuración empresarial. Dicho apartado establece que no serán tratadas como transmisiones aquellas efectuadas entre miembros de un grupo de sociedades en régimen de declaración consolidada siempre que la contraprestación recibida consista en una participación u otros derechos en el capital del adquirente o de otra sociedad residente en el mismo Estado que detente directa o indirectamente al menos el 80% de las acciones con derecho a voto y del capital de la adquirente.

La segunda transmisión tampoco tributó en España bajo el IRNR al no cumplirse, según expone el contribuyente, los requisitos del artículo 13.4 del convenio aplicable. En particular, el contribuyente expuso que como consecuencia de la ejecución de las transacciones de forma concatenada en la misma fecha el valor de las participaciones no se revalorizó, por lo que no existió ganancia patrimonial. Además, el contribuyente alegó que la participación de M X Europe Inc en M Spain no cumplía con el período de tenencia mínimo que exige el citado artículo 13.4 del convenio aplicable para que España pudiera gravar dicha ganancia. A tal efecto cabe señalar que el referido apartado 10.c) del antiguo Protocolo al convenio establecía expresamente que para la determinación de la ganancia de capital en cualquier transmisión ulterior, el coste inicial del activo para la adquirente se determina en base al coste que tuvieron para la transmitente (incrementado, en su caso, en la cuantía del efectivo u otros bienes entregados), si bien nada decía sobre que también las participaciones mantendrían la antigüedad que tuvieran en sede de su transmitente original.

Por lo tanto, ni M Corporation ni M X Europe Inc tributaron en España bajo las reglas del IRNR sobre la ganancia patrimonial generada en dichas transacciones.

## **Procedimiento inspector previo**

---

Las actuaciones de inspección previas centraron todos sus esfuerzos en demostrar que M Corporation no tributó por la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de la participación en M Spain como consecuencia de una interpretación y aplicación incorrecta del Convenio entre España y Estados Unidos como consecuencia de la artificialidad e impropiedad de las transmisiones intermedias concatenadas y ejecutadas el mismo día, en escrituras de número correlativo, y con un margen entre transacciones de escasos minutos.

La tributación bajo el IRNR de la ganancia patrimonial obtenida por M Corporation trae causa de la aplicación de la cláusula anti-abuso general del “conflicto en aplicación de la norma tributaria” regulada en el artículo 15 de la Ley General Tributaria (“LGT”). La aplicación de esta cláusula antiabuso requiere de un informe preceptivo y favorable de la Comisión Consultiva, que resulta vinculante para los órganos de inspección. El examen del Informe emitido en relación con el caso esbozado con anterioridad constituye el objeto de la presente nota informativa.

## **La decisión de la Comisión Consultiva**

---

La Comisión Consultiva concluye que la transacción en su conjunto, es decir, considerando la totalidad y sucesivas transmisiones de la participación en M Spain, es artificial e impropia para la consecución del resultado. De hecho, la Comisión expone que el fin del Grupo siempre fue transmitir las acciones de M Spain a N BV, transmisión que podría haberse efectuado directamente, sin necesidad de acometer sucesivas



aportaciones y transmisiones. Dicha transmisión directa a N BV habría desencadenado tributación en España bajo el IRNR, tributación que es la evitada en el caso bajo análisis.

El principal indicio empleado por la Comisión para calificar a la transacción como artificial e impropia es la mera concatenación de transmisiones documentadas en escrituras públicas correlativas y efectuadas el mismo día y a escasos minutos unas de otras.

El obligado tributario trató de explicar el motivo por el que estructuró la transmisión de la participación en M Spain a través de distintas transmisiones concatenadas. Los principales argumentos fueron:

- ▶ El hecho de efectuar transmisiones entre sociedades norteamericanas dentro del mismo grupo y bajo la misma moneda funcional permitía evitar fluctuaciones de tipo de cambio. Esta argumentación no fue aceptada por la Comisión al entender que podrían haberse adoptado instrumentos financieros de cobertura para asegurar el tipo de cambio de la transacción.
- ▶ La transacción se estructuró de tal forma para evitar solicitar un *Private Letter Ruling* a la autoridad fiscal norteamericana y, de este modo, no incurrir en costes monetarios y temporales adicionales. La Comisión considera que este argumento carece de relevancia a efectos de fundamentar el *business purpose* que justificaría la estructuración transaccional llevada a cabo por el contribuyente y excluiría, por tanto, la concurrencia del requisito de la artificiosidad.

La Comisión insiste afirmando que, para llegar al resultado finalmente obtenido, el contribuyente disponía de una vía *usual o propia*, i.e., transmisión directa a N BV. Dicha transmisión directa habría generado, según la Comisión, los mismos efectos jurídicos y económicos, pero sin ahorro fiscal alguno en España, pues dicha transmisión habría tributado plenamente bajo el IRNR.

El Informe de la Comisión Consultiva concluye calificando la transacción como artificial al considerar que el contribuyente habría creado, de una forma artificial, las condiciones necesarias para no tributar bajo el IRNR al acceder, impropriamente, a la cobertura otorgada por el artículo 13.4 del Convenio entre España y Estados Unidos y el apartado 10.c) del Protocolo a dicho convenio, sin que se hubieran acreditado efectos jurídicos o económicos relevantes que justificaran tal estructuración transaccional (sustancia económica).

## Implicaciones prácticas

---

El informe de la Comisión Consultiva resulta relevante a efectos de la práctica y el asesoramiento fiscal por muchas razones que exponemos brevemente a continuación.

Resulta evidente que los informes de la Comisión Consultiva (v.gr. los nº4, 8 y 9, Mayo/Septiembre 2022) permiten visualizar el enfoque administrativo de la referida Comisión sobre la interpretación de los presupuestos de la cláusula antiabuso del art.15 LGT, en relación con situaciones que la inspección de los tributos considera que constituyen montajes artificiosos carentes de realidad económica. En cierta medida, estos informes pueden conformar una suerte de *road map* para la inspección a la hora de construir casos de *abuso* susceptibles de ser regularizados con arreglo a la cláusula del art.15 LGT, uniformando así la práctica administrativa, pero también consolidando una interpretación que resulta discutible y seguramente muy controvertida.

En este orden de cosas, cabe apuntar cómo este informe revela un enfoque de regularización tributaria que pivota fundamentalmente sobre la aplicación de nuestra GAAR o cláusula antiabuso general del art.15 LGT, sin apelaciones significativas a principios antiabuso internacionales (OCDE) o europeos (jurisprudencia del TJUE sobre el principio de prohibición de prácticas fiscales abusivas), a pesar de que la estructuración se realizó en el marco de un Convenio de doble imposición. Esta circunstancia no deja de tener cierta relevancia práctica, allí donde resulte de aplicación el Derecho de la UE o un convenio de doble imposición que estableciera cláusulas antiabuso específicas.

En este sentido, echamos de menos un análisis más pormenorizado del tenor y finalidad de las cláusulas del Convenio entre España y Estados Unidos (1990) que fueron invocadas por el contribuyente, a efectos de determinar si la estructuración llevada a cabo encajaba o no con el objeto y finalidad del convenio (elemento objetivo del abuso). Nótese que, en último análisis, la administración tributaria construye el caso de abuso (a partir de la artificiosidad) en relación con la estructuración realizada por el contribuyente para transmitir las participaciones en la entidad española a su filial neerlandesa, aplicando como norma de cobertura determinadas cláusulas del referido CDI con EE.UU. que permitían diferir la tributación en la fuente de la transmisión de acciones en el marco de una reorganización. Resulta cuando menos curioso que el informe no mencione un importante precedente jurisprudencial sobre la aplicación del art.13.4 del Convenio España-Estados Unidos, en relación con un caso que presenta elementos comunes, aunque también diferencias notables, con el que es objeto del informe, y donde se analiza con más detalle la interpretación de las disposiciones del referido convenio. Igualmente, pensamos que el análisis de la concurrencia de efectos jurídicos o económicos relevantes relacionados con el conjunto de operaciones realizadas podría requerir más detalle y un enfoque más bilateral considerando la aplicación del convenio.

Dicho esto, resulta meritorio que el criterio fijado por el nuevo informe sobre conflicto en aplicación de la norma tributaria nº8/2022 posee implicaciones sobre aquellas transacciones efectuadas bajo el literal del Convenio España-Estados Unidos aplicable en 2017, siempre y cuando aquellas no hubieran prescrito. Sin embargo, pensamos que el criterio fijado en el informe analizado no es aplicable a transacciones efectuadas a partir de noviembre de 2019, fecha en la que entró en vigor un nuevo Protocolo (2013) al Convenio entre España y Estados Unidos, toda vez que éste, con carácter general, exime de tributación en España a las entidades norteamericanas por la eventual ganancia que pudieran obtener de la transmisión de participaciones en entidades españolas, salvo que éstas tuvieran sustrato inmobiliario. El Protocolo de 2013 también elimina el subapartado c) del apartado 10 del Protocolo al Convenio anterior, que, como ya comentamos más arriba, fue utilizado para dotar de cobertura a la pretendida posición del contribuyente en el expediente objeto del informe nº8 de la Comisión Consultiva.

Asimismo, cabría advertir cómo, a nuestro juicio, el criterio administrativo establecido en este Informe nº8 podría tener implicaciones más allá del CDI España-Estados Unidos.

Por un lado, dicho criterio administrativo podría resultar aplicado por las autoridades fiscales españolas en relación con operaciones similares efectuadas en el marco de otros Convenios suscritos por España que establecieran cláusulas convencionales configuradas en los mismos términos.

Por otro lado, resulta relevante destacar cómo el informe en cuestión continúa ampliando la lista de indicios o evidencias consideradas a la hora de calificar una transacción como

artificial o impropia. En el caso del informe nº8, llama la atención la relevancia otorgada por la Comisión a la concatenación de transmisiones documentadas en escrituras correlativas y elevadas a público el mismo día y a escasos minutos entre ellas.

La ejecución de operaciones (intermedias) concatenadas, o en unidad de acto, son comunes en la práctica empresarial no únicamente española, sino mundial. Por lo que a raíz del Informe habrá que prestar especial atención al impacto que dicha concatenación de transacciones pudiera generar a efectos fiscales. Ni que decir tiene que una estructuración transaccional de este tipo que estuviera dotada de *business purpose* y *economic substance* no calificaría como montaje o esquema artificioso carente de realidad económica, sino que normalmente vendría a constituir una planificación fiscal legítima.

Llama también la atención el hecho de que la Comisión insista en que el contribuyente debería haber acometido la transmisión de la participación española de forma directa a N BV o que la Administración, respecto de la pretendida justificación dada por el contribuyente relativa a la protección frente a fluctuaciones de tipo de cambio, exprese la posibilidad de acudir a instrumentos financieros de cobertura. Cada contribuyente es libre de planificar y ejecutar sus negocios de aquella forma que estime más oportuna, considerando en su conjunto las implicaciones legales, financieras, de negocio, e incluso fiscales. En este sentido, debe recordarse que es la administración tributaria la que debe acreditar la concurrencia de indicios conclusivos de montaje artificial carente de realidad económica, sin invertir, *de facto*, la carga de la prueba. En este contexto, el contribuyente, debe estar preparado para aportar pruebas que revelen la sustancia económica y propósito empresarial de las operaciones realizadas o estructura desarrollada. Nótese que en el caso del informe nº8 los argumentos esgrimidos por el contribuyente no se consideraron que tuvieran entidad suficiente para soportar la validez empresarial de las operaciones ejecutadas. Posiblemente estemos asistiendo a un cierto cambio de paradigma (sin cobertura legal) que pasa por una reducción del umbral de abuso en el plano administrativo, y una elevación del umbral de exigencia de sustancia económica para acreditar la calificación *bona fide* de operaciones o estructuraciones que conlleven el aprovechamiento de ventajas fiscales. La comprobación inquisitiva de las operaciones transfronterizas cada vez resulta más rutinaria e intensiva fácticamente (*forensic audits*), trascendiendo de la narrativa de los motivos económicos válidos a su acreditación fáctica (*don't tell, just show audit dynamic*). Esta transformación del marco de práctica fiscal internacional aconseja un movimiento paralelo de adaptación por parte de los contribuyentes (*audit ready tax positions-defense files ex ante*).

En este orden de cosas, también cabría destacar el actual régimen sancionador de las conductas declaradas como abusivas en aplicación del artículo 15 LGT. El artículo 206bis del mismo cuerpo legal establece que todas aquellas estructuras que guarden igualdad sustancial, con respecto a aquellos supuestos reconocidos públicamente como abusivos por la Administración, podrían ser sancionados al tipificarse como infracción grave.

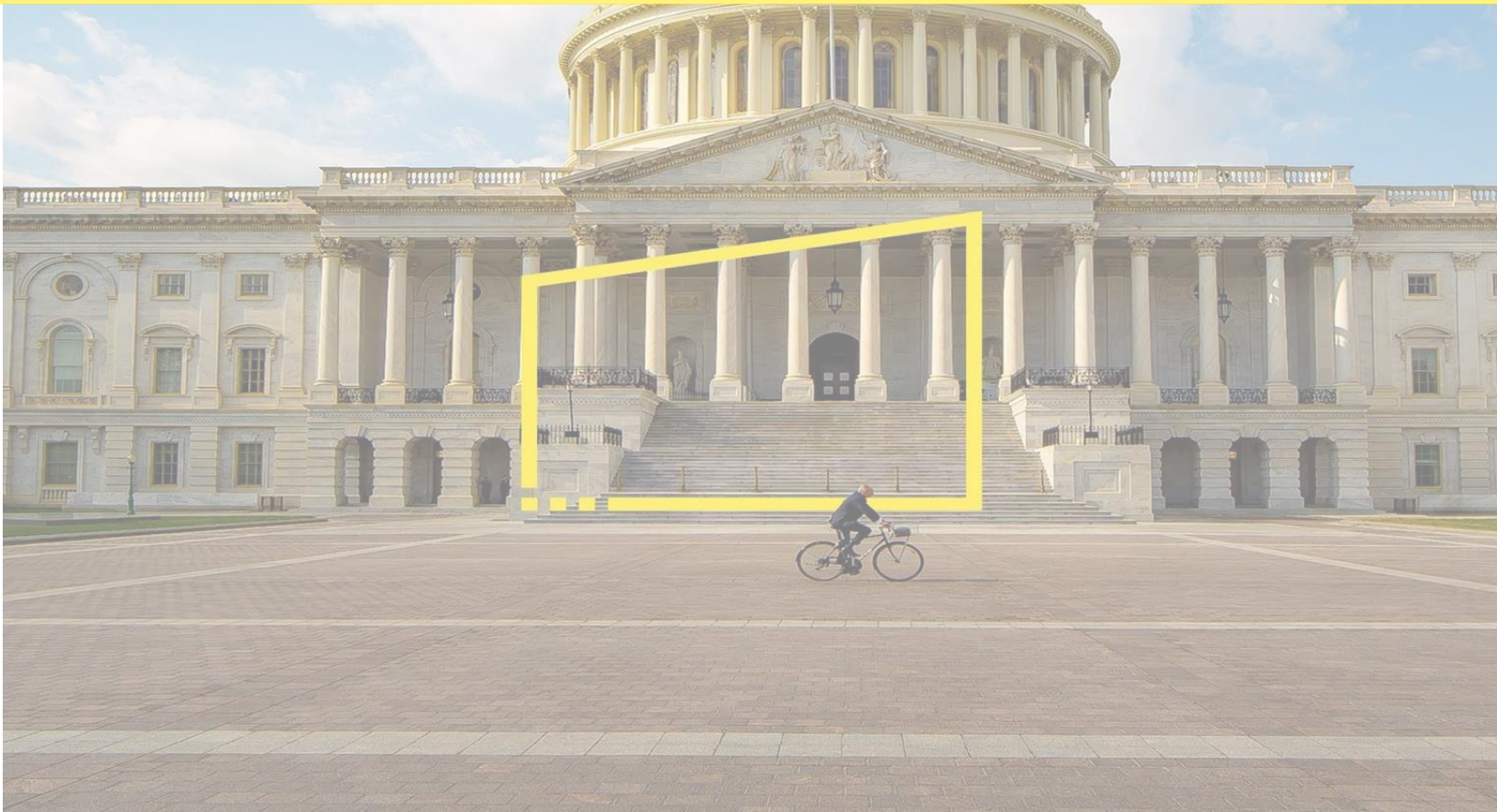
Así las cosas, una de las principales conclusiones que cabe extraer de este informe nº8 pasa por advertir sobre los potenciales efectos que pueden derivarse del criterio fijado por la administración, de suerte que los grupos multinacionales que estén o pretendan acometer operaciones de reestructuración que directa o indirectamente supongan la transmisión de participaciones en sociedades españolas deberían tener en cuenta tal criterio a la hora de planificar dicha reestructuración, a efectos de evitar su potencial calificación como operación o estructura artificial o impropia en el sentido establecido en el Informe nº8 de la Comisión Consultiva.

Ciertamente, no puede descartarse que la jurisprudencia que los tribunales españoles establezcan, con motivo de la revisión judicial de los casos donde la administración tributaria está utilizando la cláusula antiabuso del artículo 15 LGT, termine modulando de forma muy relevante su futura aplicación, particularmente allí donde resultara de aplicación el Derecho de la UE o las disposiciones de un convenio. Por tanto, es dudoso que la doctrina derivada de los informes de la Comisión consultiva en relación con la aplicación de la cláusula general antiabuso determine la aplicación de otras cláusulas antiabuso generales de naturaleza internacional –como la imprecisa cláusula del *Principal Purpose test* recogida en el Instrumento Multilateral (*MLI*) y en el art.29.9 del Modelo de Convenio de la OCDE 2017, aunque puede ejercer cierta influencia en la práctica fiscal internacional española en un contexto post-BEPS.

Igualmente, no puede dejar de ponerse en valor el recurso de los contribuyentes a los procedimientos internacionales de resolución de controversias fiscales transfronterizas, dado que tal escalamiento puede resultar en enfoques antiabuso más bilaterales e internacionales.

Puedes consultar las últimas [alertas fiscales y legales](#) en nuestro [Centro de Estudios EY](#)

¡[Suscríbete](#) a las newsletters de EY para mantenerte actualizado!



---

Para cualquier información adicional, contacte con:

**Ernst & Young Abogados, S.L.P.**

Iñigo Alonso Salcedo

[Inigo.AlonsoSalcedo@es.ey.com](mailto:Inigo.AlonsoSalcedo@es.ey.com)

Enrique Sánchez de Castro Martín-Luengo

[Enrique.Sanchez.De.Castro.Martin.Lueng@es.ey.com](mailto:Enrique.Sanchez.De.Castro.Martin.Lueng@es.ey.com)



**Acerca de EY**

EY es líder mundial en servicios de auditoría, fiscalidad, asesoramiento en transacciones y consultoría. Los análisis y los servicios de calidad que ofrecemos ayudan a crear confianza en los mercados de capitales y las economías de todo el mundo. Desarrollamos líderes destacados que trabajan en equipo para cumplir los compromisos adquiridos con nuestros grupos de interés. Con ello, desempeñamos un papel esencial en la creación de un mundo laboral mejor para nuestros empleados, nuestros clientes y la sociedad.

EY hace referencia a la organización internacional y podría referirse a una o varias de las empresas de Ernst & Young Global Limited y cada una de ellas es una persona jurídica independiente. Ernst & Young Global Limited es una sociedad británica de responsabilidad limitada por garantía (*company limited by guarantee*) y no presta servicios a clientes. Para ampliar la información sobre nuestra organización, entre en [ey.com](http://ey.com).

© 2022 Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Todos los derechos reservados.

ED None

La información recogida en esta publicación es de carácter resumido y solo debe utilizarse a modo orientativo. En ningún caso sustituye a un análisis en detalle ni puede utilizarse como juicio profesional. Para cualquier asunto específico, se debe contactar con el asesor responsable.

[ey.com/es](http://ey.com/es)

Twitter: [@EY\\_Spain](https://twitter.com/EY_Spain)

Linkedin: [EY](https://www.linkedin.com/company/ey)

Facebook: [EY Spain Careers](https://www.facebook.com/EYSpainCareers)

Google+: [EY España](https://plus.google.com/+EYSpain)

Flickr: [EY Spain](https://www.flickr.com/photos/ey/)