

INFORME DE LA COMISIÓN CONSULTIVA SOBRE CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA. CONFLICTO Nº 8 PUBLICADO EN SEPTIEMBRE DE 2022.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 206.bis de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y de acuerdo con lo establecido en el artículo 194.6 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, se procede a publicar copia del informe de la Comisión consultiva sobre conflicto en la aplicación de la norma relativo al contribuyente "M CORPORATION". La denominación de este informe será "Conflicto nº 8. Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Transmisión de participación en filial utilizando una cadena de transmisiones entre sociedades del grupo".

En la versión del informe que es objeto de publicación se ha eliminado la información necesaria para guardar la debida reserva en relación con los sujetos afectados.

INFORME DE LA COMISIÓN CONSULTIVA SOBRE CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA

Esta Comisión consultiva ha recibido solicitud de informe preceptivo acerca de la posible existencia de conflicto en la aplicación de la norma, en relación con el expediente de comprobación que se está instruyendo por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, cerca del obligado tributario

M CORPORATION

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y 159 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) y el artículo 194 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, (en adelante RGAT), procede la emisión del presente informe.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- INTRODUCCIÓN

Por la Inspección de los Tributos del Estado de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes se están realizando actuaciones de comprobación e investigación de carácter parcial del obligado tributario mencionado, habiendo sido notificado el inicio de las mismas el día 12 de junio de 2020. Es objeto de comprobación el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en adelante IRNR) de 2017, estando el alcance de las actuaciones limitado a la comprobación de las *“ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de participaciones en el capital de entidades residentes en España”*.

El núcleo principal de la comprobación es la transmisión, el día 1 de junio de 2017, por parte de la sociedad estadounidense M Corporation, de su participada, la sociedad española M Spain SLU, efectuada a través de una cadena de transmisiones entre sociedades que determinó que esta sociedad no tributara por la renta obtenida en la transmisión.

SEGUNDO.- ASPECTOS PROCEDIMENTALES.

Con fecha 6 de diciembre de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194.1 del RGAT, se notificó al obligado tributario la posible concurrencia de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 15 de la LGT y se le confirió a la entidad interesada un plazo de 15 días para la formulación de alegaciones.

Con fecha 20 de diciembre de 2021 el obligado tributario presentó escrito de alegaciones.

Con fecha 8 de marzo de 2022, se notificó al obligado tributario nueva comunicación sobre la posible concurrencia de las circunstancias previstas en el art.15 de la LGT,

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

concediéndole nuevo plazo de alegaciones de 15 días. Esta nueva comunicación era idéntica a la inicialmente notificada el día 6 de diciembre, si bien, contenía unos cálculos del valor de adquisición de las participaciones objeto de la transmisión y de la ganancia patrimonial derivada, distintos a los inicialmente notificados. Frente a tal comunicación, el obligado presentó alegaciones el día 15 de marzo de 2022.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 194.2 del RGAT, una vez recibidas las alegaciones, el Equipo actuante ha evacuado el preceptivo informe, de fecha 23 de marzo de 2022, en el que analiza la concurrencia de las circunstancias determinantes de la existencia de un conflicto en aplicación de la norma del artículo 15 de la LGT.

Dicho informe, junto con las alegaciones y los respectivos expedientes administrativos, fueron remitidos al órgano competente para liquidar, quien, a la vista de todo lo anterior, convino en que podrían efectivamente concurrir las circunstancias constitutivas de tal instituto jurídico, por lo que dirigió a esta Comisión consultiva oficio en solicitud de informe vinculante, al que adjuntó los antecedentes necesarios.

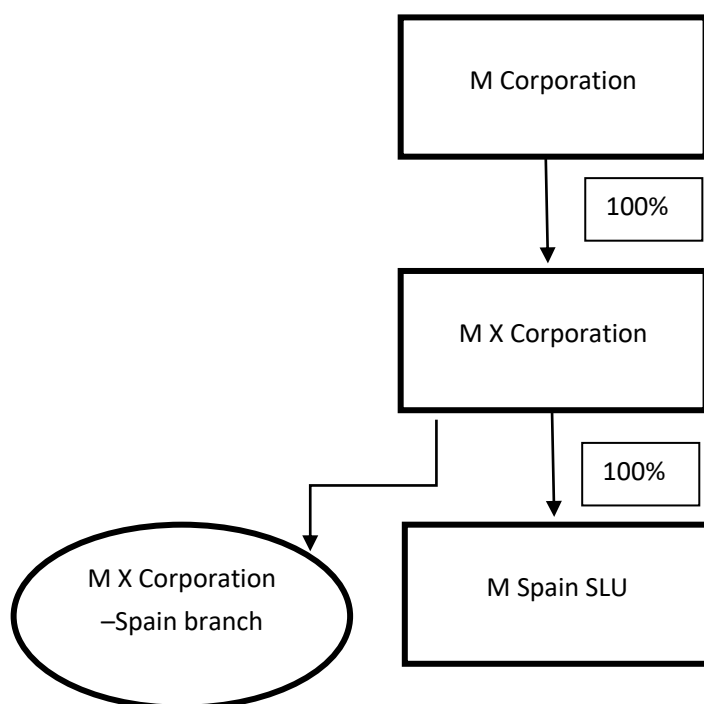
El pasado 10 de abril de 2022 se notificó a la interesada, en dirección electrónica habilitada al efecto, mediante comunicación de fecha 30 de marzo del mismo año, la remisión del expediente a esta Comisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 194.2 del RGAT y 159.3 de la LGT, con indicación de que tal remisión supone la suspensión del cómputo del plazo de duración del procedimiento inspector de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 150 de la LGT

TERCERO.- HECHOS

M Spain SLU es una sociedad española constituida el 22 de diciembre de 1998. El socio único de M Spain desde su constitución es la sociedad estadounidense M Corporation. En adelante nos referiremos a estas entidades como M SPAIN y MCORP, respectivamente.

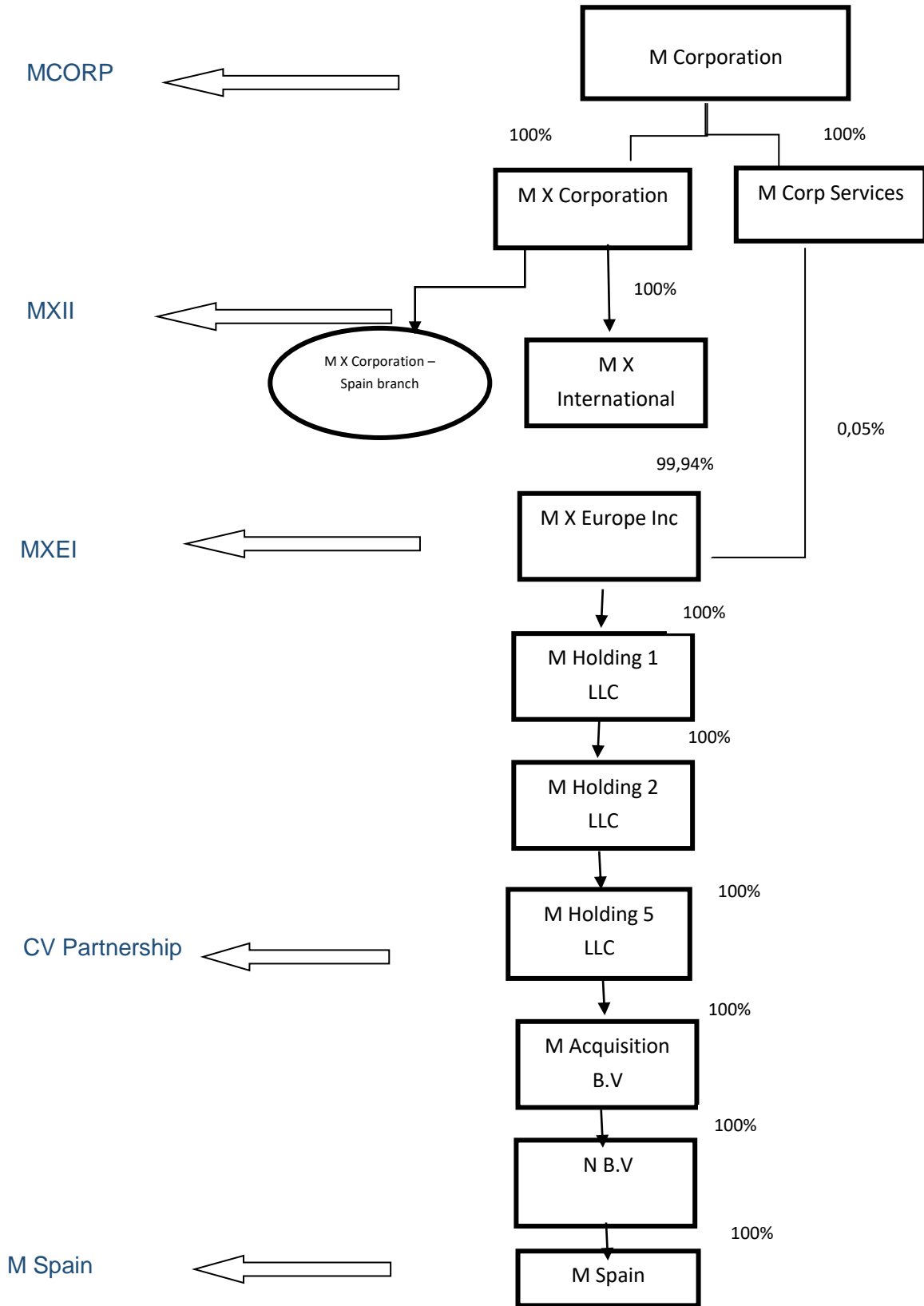
El Grupo internacional M inicia en el año 2015 una operación de integración, a nivel mundial, con el Grupo internacional N. En el caso español se decide que las participaciones de M SPAIN, cuyo socio único desde su constitución era MCORP, se transmitan el día 1 de junio de 2017 a la entidad neerlandesa N BV.

El esquema societario (en el que se puede apreciar cómo, a 31 de mayo de 2017 MCORP disponía, directamente, del 100% de las participaciones de M SPAIN) de acuerdo con los organigramas aportados por la interesada en el curso del procedimiento inspector, es el siguiente (el segundo gráfico se refiere a 31/05/2018)



Una vez efectuada la transmisión de las participaciones, el esquema societario anterior se transforma en el siguiente:

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria



Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

La transmisión de la participación en M SPAIN se realiza en varios pasos, con intervención de varias entidades intermedias entre transmitente y adquirente último, que el contribuyente denomina transmisión en cadena. En síntesis, las transmisiones son las siguientes:

Primera: de M Corporation a M X Europe Inc (MXEI).

Segunda: de M X Europe Inc. (MXEI) a M Holding 5 LLC, como general partner de M X Netherlands CV.

Tercera: de M Holding 5 LLC, como general partner de M Netherlands CV, a N BV.

Los detalles de las transmisiones se describen a continuación:

Según escritura de fecha 1 de junio de 2017, (número XXX del protocolo del Notario Sr. GG) MCORP transmitió ese mismo día a las 7:04 a.m. hora central europea, su participación en M SPAIN a otra empresa estadounidense del grupo: M X Europe Inc, MXEI, en adelante. En este sentido señalar que el “Share Contribution Agreement”, contrato privado entre MCORP y MXEI en virtud del cual la primera aporta a la segunda las participaciones en M SPAIN, establece que la contraprestación consistió en 697 acciones de 1 dólar, X dólares en efectivo y el resto (X millones dólares) mediante una anotación contable de aportación de capital. Esta contraprestación es la que figura en el “Share Contribution Agreement”, anexo a la citada escritura pública, que figura en el expediente administrativo.

A continuación, mediante escritura de fecha 1 de junio (número XXX+1 del protocolo del Notario Sr. GG), M X Europe Inc (MXEI) transmitió ese mismo día a las 7.06 a.m. hora central europea, las participaciones en M SPAIN, a la entidad estadounidense M Holding 5, LLC como “general partner” o socio colectivo de la entidad neerlandesa en atribución de rentas M Global Holding CV (en adelante, CV Partnership). La contraprestación consistió en una anotación contable de aportación de capital en la cuenta del transmitente, según se consta en el “Share Contribution Agreement” (acuerdo de aportación) anexo a la citada escritura pública, que figura en el expediente administrativo.

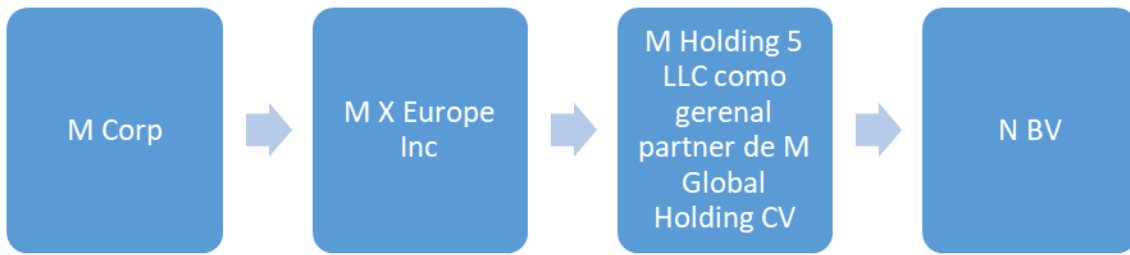
A efectos aclaratorios, conviene explicar que, según alegaciones del obligado tributario vertidas en escrito de fecha 16 de marzo de 2021, la aportación efectuada por MXEI se hizo a Cv Partnership, pero la titularidad jurídica de dichas participaciones correspondía a M Holdings 5 LLC como general partner o socio colectivo:

“Paso 3. MXEI aporta las acciones de M Spain a la entidad holandesa M Global Holdings CV (“Partnership CV”) a cambio de una participación en ésta última. La titularidad jurídica de dichas participaciones le corresponde a M Holdings 5 LLC como general partner, lo que explica el lenguaje jurídico de la escritura notarial a la que se hace referencia en la diligencia.”

Por último, según escritura de fecha 1 de junio (número XXX+2 del protocolo del Notario Sr. GG) M Holding 5, LLC, como socio colectivo de CV Partnership, transmitió el mismo día a las 7.07 a.m. hora central europea, las participaciones en M SPAIN a N BV. La contraprestación de la operación consistió en una “promisory note” o cuenta a cobrar a favor de la transmitente o de cualquier filial del transmitente, según figura en el “Share Purchase Agreement (acuerdo de venta) anexo a la citada escritura pública, que figura en el expediente administrativo.

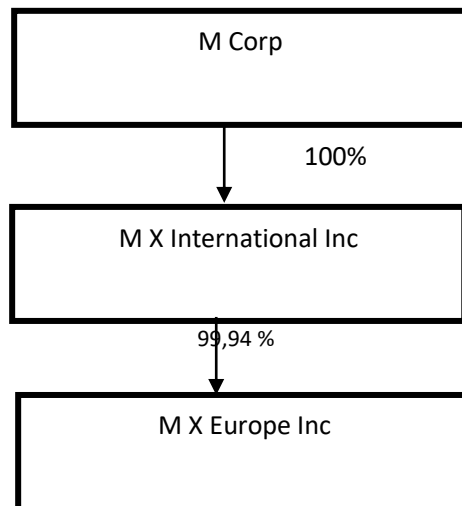
Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

A modo gráfico, estos serían los pasos realizados por el Grupo M para transmitir las participaciones de la entidad M SPAIN desde MCORP a N BV.



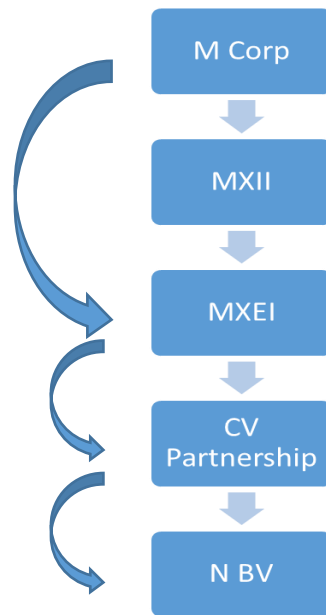
Resulta pertinente señalar que, en el Grupo de consolidación americano, situada entre M Corporation (MCORP) y M X Europe Inc, se encuentra la entidad M X International Inc (en adelante, MXII), entidad que no recibe en ningún momento las participaciones de M Spain.

El esquema societario del Grupo de consolidación americano, con la propiedad y los porcentajes de participación, se aprecian en el siguiente organigrama:



Este esquema se confirma en la información presentada a la Security Exchange Commission (SEC) para el año fiscal 2017 (1 de junio de 2017 a 31 de mayo de 2018) y que obra en el expediente administrativo (anexo al escrito presentado por el obligado tributario el día 16 de marzo de 2021).

Por último, en cuanto a la transmisión en cadena de las participaciones de la entidad española M Spain, se resume en el siguiente esquema:



Nótese que MXII no participa en la transmisión en cadena de las participaciones de M Spain, si bien, forma parte del esquema societario en EEUU y es el socio único de MXEI.

CONSECUENCIAS FISCALES DE LAS OPERACIONES DESCRITAS

A) Sujeción al IRNR. Convenio de Doble Imposición España-Estados Unidos.

La transmisión de las participaciones de la entidad española M Spain SL por su socio estadounidense M Corporation (MCORP) está sujeta, en principio y con carácter general, a la tributación prevista en el art.13.4 del *Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal* (en adelante CDI ESP-EEUU) en su redacción a fecha de realización de la operación:

“4. Además de las ganancias sometidas a imposición con arreglo a los apartados precedentes de este artículo, las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones, participaciones u otros derechos en el capital de una Sociedad, u otra persona jurídica residente del otro Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro estado contratante si el perceptor de la ganancia de capital detentó durante el período de los doce meses precedentes a la enajenación una participación, directa o indirecta, de, al menos, el 25 por 100 del capital de dicha Sociedad o persona jurídica. Tales ganancias de capital se considerarán obtenidas en ese otro Estado en la medida necesaria para evitar la doble imposición.”

Los dos requisitos previstos en el CDI para poder exigir tributación en el Estado de la fuente (España) son: periodo de tenencia igual o superior a 12 meses y porcentaje de participación igual o superior al 25%. Ambos se cumplían ampliamente en MCORP a fecha de la operación, ya que era el socio único (100% de participación) desde la constitución de M SPAIN el 22 de diciembre de 1998.

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

No obstante lo anterior, el apartado 10.c) del Protocolo del CDI España-EEUU establece una excepción al art.13.4, del modo siguiente:

“10. En relación con el artículo 13. (Ganancias de capital).

c) A los efectos del apartado 4, una enajenación no incluye la transmisión de acciones entre miembros de un grupo de sociedades en régimen de declaración consolidada en la medida en que la contraprestación recibida por la transmitente consista en una participación u otros derechos en el capital de la adquirente o de otra sociedad residente del mismo Estado contratante que detente directa o indirectamente el 80 por 100 o más de las acciones con derecho de voto y del capital de la adquirente, si:

i) La transmitente y la adquirente son sociedades residentes del mismo Estado contratante.

ii) La transmitente o la adquirente detentan, directa o indirectamente, el 80 por 100 o más de las acciones con derecho de voto y del capital de la otra, o una sociedad residente del mismo Estado contratante detenta directa o indirectamente (a través de sociedades residentes del mismo Estado contratante) el 80 por 100 o más de las acciones con derecho de voto y del capital de cada una de ellas).

iii) 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.

No obstante lo anterior, si se recibe efectivo o bienes distintos de dicha participación o derechos, la cuantía de la ganancia de capital (hasta el límite de la cuantía del efectivo o bienes recibidos) puede someterse a imposición en el otro Estado contratante.”

El contribuyente no ha tributado en las transmisiones efectuadas por las siguientes razones:

1º. La primera transmisión no fue sujeta a gravamen ya que se realizó a una entidad que tributaba en consolidación fiscal, y, por lo tanto, esta transmisión cumple los requisitos del apartado 10c) del Protocolo del propio Convenio, por lo que estaría exenta.

Así lo comunicó durante el procedimiento inspector en escrito de fecha 18 de febrero de 2021:

“La operación se formalizó como una operación de reorganización a efectos americanos. Además, al realizarse la transmisión entre miembros de un grupo de sociedades en régimen de declaración consolidada y, en la medida en que la contraprestación recibida por MCORP consistía en una participación en la adquirente en la que detentaba directa o indirectamente más del 80 por 100 de las acciones con derecho de voto y del capital, se consideró que la aportación quedaba exenta de tributación en España al amparo de la cláusula de reorganizaciones del Protocolo del Convenio de Doble Imposición firmado entre España y EEUU (apartado 10 c del Protocolo).”

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

Consta en el expediente la documentación presentada al SEC norteamericano y aportada al procedimiento en fecha 16 de marzo de 2021, en el que consta que MCORP y MXEI son residentes en EEUU, consolidan en ese país y que MCORP detenta el 100% de MXEI.

El requisito de que la contraprestación recibida por la transmitente consista en una participación u otros derechos en el capital de la adquirente, se cumple sólo parcialmente, al haber consistido la contraprestación en: 697 acciones de 1 dólar, X dólares en efectivo y el resto (X millones dólares), una anotación contable de aportación de capital. De acuerdo con el último párrafo del apartado 10c), la ganancia de patrimonio debería haber tributado en España por X dólares de efectivo (*“No obstante lo anterior, si se recibe efectivo o bienes distintos de dicha participación o derechos, la cuantía de la ganancia de capital (hasta el límite de la cuantía del efectivo o bienes recibidos) puede someterse a imposición en el otro Estado contratante.”*)

2º. La segunda transmisión no tributó tampoco al considerar el obligado tributario que no se cumplían los requisitos previstos en el artículo 13.4 CDI.

En escrito de fecha 12 de abril de 2021 el contribuyente, a instancias de la Inspección, explica el régimen jurídico aplicado a esta segunda transmisión:

“MXEI adquirió y transmitió las participaciones de M Spain en fechas consecutivas y, por tanto, al mismo precio/valor por el que las había recibido. Además, debido a que la adquisición y posterior transmisión se realizó de manera consecutiva, no se había mantenido la participación en la entidad española durante el plazo mínimo de un año que exige el artículo 13.4 del CDI España-EEUU para extender la tributación al estado de la fuente.”

Esto quiere decir que, según interpreta el obligado tributario, MXEI, en esta segunda transmisión no calculó ganancia patrimonial alguna, ya que no había transcurrido el plazo de 12 meses que exige el art.13.4 del CDI España-EEUU y, además, según sus cálculos, valor de adquisición y transmisión coincidían.

MXEI transmitió la participación en la entidad española valorándola en X millones de dólares, que coincide con la ampliación de capital de MXEI efectuada por MCORP en la primera transmisión. Por lo tanto, MXEI consideró que el valor de adquisición de su participación en M Spain y su valor de transmisión coincidían.

El obligado tributario, por tanto, no ha aplicado la condición iii) del apartado 10.c) del Protocolo. Ese apartado establece que, en caso de transmisión posterior de las participaciones en la entidad española, la ganancia patrimonial para MXEI se calcule tomando, como valor de adquisición, el coste inicial que tuvieron tales participaciones para MCORP, incrementado en el importe del efectivo u otros bienes entregados por MXEI.

En resumen, las entidades estadounidenses del Grupo M no tributan por la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de la participación en M Spain, ni en la primera transmisión ni en la segunda. En la primera porque el contribuyente se acoge al apartado 10c) del Protocolo del CDI España-EEUU, en la segunda porque el contribuyente entiende que no ha mantenido 12 meses la participación y, según sus cálculos, valor de adquisición y transmisión coinciden. Ese es el planteamiento de la operación a la vista de los hechos y de las explicaciones aportadas a la Inspección durante el procedimiento.

B) Cuota tributaria

La sujeción de la transmisión, por parte de MCORP, de su participada M SPAIN hubiese determinado una cuota de X euros.

La base imponible correspondiente a la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de la participación viene determinada por “*la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión*” según el art.37.1 b) de la Ley 35/2006 de IRPF, aplicable a MCORP, de conformidad con el art.24.1 del TRIRNR, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004.

Artículo 24. Base imponible.

1. Con carácter general, la base imponible correspondiente a los rendimientos que los contribuyentes por este impuesto obtengan sin mediación de establecimiento permanente estará constituida por su importe íntegro, determinado de acuerdo con las normas del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, sin que sean de aplicación los porcentajes multiplicadores del artículo 23.1 de dicho texto refundido, ni las reducciones.

Artículo 37. Normas específicas de valoración

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

a) (...)

b) De la transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, la ganancia o pérdida se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión.”

El tipo de gravamen aplicable sería el previsto en el art.25.1 f) del TRIRNR (19%).

Artículo 25. Cuota tributaria.

1. La cuota tributaria se obtendrá aplicando a la base imponible determinada conforme al artículo anterior, los siguientes tipos de gravamen:

f) El 19 por ciento cuando se trate de:

(...)

3.º Ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales.

En cuanto a la valoración de las participaciones de M SPAIN, el valor de adquisición en MCORP, es de X millones de euros. Esta cifra resulta de sumar X euros, capital social de M SPAIN el 31 de mayo de 2017 y las aportaciones no dinerarias (AND) siguientes:

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

1ª) X millones de euros¹, correspondiente a la AND efectuada por el socio único el día 1 de junio de 2017, derivada de asumir la deuda que tenía M Spain con otra entidad del Grupo (MXII) a fecha 31 de mayo de 2017.

2ª) X millones euros, correspondiente a la AND realizada por el socio único el día 1 de junio de 2017, de la entidad M Corporation Sucursal, Establecimiento Permanente (EP) situado en España.

El valor de transmisión de las participaciones es de X millones de dólares según las sucesivas escrituras de transmisión mencionadas. Este importe, atendiendo al cambio 0.89271 dólar/euro a 1 de junio de 2017, es de X millones euros.

Valor de Adquisición de la participación: X millones de euros.

Valor de Transmisión de la participación: X millones de euros.

Ganancia patrimonial (base imponible): X millones de euros.

Tipo de gravamen: 19%

Cuota tributaria: X euros.

III - ALEGACIONES PRESENTADAS POR EL OBLIGADO TRIBUTARIO.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 194.1 del RGAT, con fecha 20 de diciembre de 2021 y 15 de marzo de 2022, el obligado tributario presentó escrito de alegaciones a la comunicación de posible concurrencia de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 15 LGT que serán objeto de exposición y análisis en el apartado quinto de los fundamentos de derecho del presente informe.

IV.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 159 de la LGT, para que la Inspección de los Tributos pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria deberá emitirse previamente un informe favorable de la Comisión consultiva que se constituya a estos efectos.

El apartado 4 del artículo 194 del RGAT desarrolla la composición de la Comisión Consultiva en los siguientes términos:

“4. En el ámbito de competencias del Estado, la Comisión consultiva estará compuesta por dos representantes de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda designados por resolución del Director General de Tributos, uno de los cuales actuará como presidente con voto de calidad, salvo que el conflicto en la

¹ Esta AND fue alegada por el contribuyente mediante escrito de fecha 15 de marzo de 2022 y ha sido comprobada por el Equipo actuante al examinar la documentación que obra en el expediente de M Spain SL.

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

aplicación de la norma tributaria afecte a las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en materia de tributos cedidos, en cuyo caso, los representantes del órgano competente para contestar las consultas tributarias escritas serán designados por resolución del titular de dicho órgano.

Los representantes de la Administración tributaria actuante serán:

a) Cuando la Administración tributaria actuante sea la Agencia Estatal de Administración Tributaria, dos representantes de ésta designados por el director del departamento competente. (...)

En los supuestos anteriores, uno de los dos representantes de la Administración tributaria actuante podrá ser el órgano de inspección que estuviese tramitando el procedimiento o el órgano competente para liquidar que hubiese remitido el expediente.”

SEGUNDO.- PROCEDIMIENTO

El procedimiento a seguir en los supuestos de posible existencia de conflicto en la aplicación de la norma se regula en el artículo 159 de la LGT:

“Artículo 159. Informe preceptivo para la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de esta ley, para que la inspección de los tributos pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria deberá emitirse previamente un informe favorable de la Comisión consultiva que se constituya, en los términos establecidos reglamentariamente, por dos representantes del órgano competente para contestar las consultas tributarias escritas, actuando uno de ellos como Presidente, y por dos representantes de la Administración tributaria actuante.

2. Cuando el órgano actuante estime que pueden concurrir las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 15 de esta ley lo comunicará al interesado, y le concederá un plazo de 15 días para presentar alegaciones y aportar o proponer las pruebas que estime procedentes.

Recibidas las alegaciones y practicadas, en su caso, las pruebas procedentes, el órgano actuante remitirá el expediente completo a la Comisión consultiva.

3. A efectos del cómputo del plazo del procedimiento inspector se tendrá en cuenta lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 150 de esta Ley.

4. El plazo máximo para emitir el informe será de tres meses desde la remisión del expediente a la Comisión consultiva. Dicho plazo podrá ser ampliado mediante acuerdo motivado de la comisión consultiva, sin que dicha ampliación pueda exceder de un mes.

5. Transcurrido el plazo al que se refiere el apartado anterior sin que la Comisión consultiva haya emitido el informe, se reanudará el cómputo del plazo de duración de las actuaciones inspectoras, manteniéndose la obligación de emitir dicho informe, aunque se podrán continuar las actuaciones y, en su caso, dictar liquidación provisional respecto a los demás elementos de la obligación tributaria no relacionados con las operaciones analizadas por la Comisión consultiva.

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

6. El informe de la Comisión consultiva vinculará al órgano de inspección sobre la declaración del conflicto en la aplicación de la norma.

7. El informe y los demás actos dictados en aplicación de lo dispuesto en este artículo no serán susceptibles de recurso o reclamación, pero en los que se interpongan contra los actos y liquidaciones resultantes de la comprobación podrá plantearse la procedencia de la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.”

Por su parte, el artículo 194 del RGAT establece lo siguiente:

“Artículo 194. Declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Cuando el órgano de inspección que esté tramitando el procedimiento estime que pueden concurrir las circunstancias previstas en el artículo 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, lo notificará al obligado tributario y le concederá un plazo de alegaciones de 15 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dicho plazo.

2. Una vez recibidas las alegaciones y, en su caso, practicadas las pruebas procedentes, el órgano que esté tramitando el procedimiento emitirá un informe sobre la concurrencia o no de las circunstancias previstas en el artículo 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que se remitirá junto con el expediente al órgano competente para liquidar.

En caso de que el órgano competente para liquidar estimase que concurren dichas circunstancias remitirá a la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el informe y los antecedentes. La remisión se notificará al obligado tributario con indicación de la suspensión del cómputo del plazo del procedimiento inspector prevista en el apartado 3 del artículo 150 de dicha Ley.

En caso de que el órgano competente para liquidar estimase motivadamente que no concurren dichas circunstancias devolverá la documentación al órgano de inspección que esté tramitando el procedimiento, lo que se notificará al obligado tributario.

3. La Comisión consultiva emitirá un informe en el que, de forma motivada, se indicará si procede o no la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Dicho informe se comunicará al órgano competente para liquidar que hubiese remitido el expediente, que ordenará su notificación al obligado tributario y la continuación del procedimiento de inspección.

En el caso de acordarse la ampliación del plazo para emitir el mencionado informe, el acuerdo deberá notificarse al obligado tributario y se dará traslado, asimismo, al órgano de inspección.

4. En el ámbito de competencias del Estado, la Comisión consultiva estará compuesta por dos representantes de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda designados por resolución del Director General de Tributos, uno de los cuales actuará como presidente con voto de calidad, salvo que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria afecte a las normas dictadas por las comunidades autónomas en materia de tributos cedidos, en cuyo caso, los representantes del órgano competente para contestar las consultas tributarias escritas serán designados por resolución del titular de dicho órgano.

Los representantes de la Administración tributaria actuante serán:

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

a) Cuando la Administración tributaria actuante sea la Agencia Estatal de Administración Tributaria, dos representantes de esta designados por el director del departamento competente.

b) Cuando la Administración tributaria actuante sea una comunidad autónoma, dos representantes de la Administración tributaria autonómica.

c) Cuando la Administración tributaria actuante sea una entidad local, dos representantes de la entidad local.

En los supuestos anteriores, uno de los dos representantes de la Administración tributaria actuante podrá ser el órgano de inspección que estuviese tramitando el procedimiento o el órgano competente para liquidar que hubiese remitido el expediente.

5. La suspensión del cómputo del plazo de duración del procedimiento se producirá por el tiempo que transcurra desde la notificación al interesado a que se refiere el apartado 2 de este artículo hasta la recepción del informe por el órgano competente para continuar el procedimiento o hasta el transcurso del plazo máximo para su emisión.

Dicha suspensión no impedirá la práctica de las actuaciones inspectoras que durante esta situación pudieran desarrollarse en relación con los elementos de la obligación tributaria no relacionados con los actos o negocios analizados por la Comisión consultiva, en cuyo caso continuará el procedimiento respecto de los mismos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

6. Trimestralmente se publicarán los informes de la Comisión consultiva en los que se haya apreciado la existencia de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. En el ámbito de competencias del Estado se publicarán en la sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, salvo que se trate de tributos cuyo órgano competente para la emisión de las consultas tributarias por escrito se integre en otras Administraciones tributarias, en cuyo caso deberán publicarse a través del medio que las mismas señalen.

En dichas publicaciones se guardará la debida reserva en relación a los sujetos afectados.”

TERCERO.- EL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA: CONCEPTO Y REQUISITOS

El artículo 15 de la LGT, en su redacción vigente en el periodo afectado, regula el conflicto en la aplicación de la norma tributaria en los siguientes términos:

«Artículo 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

a) *Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.*

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.»

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LGT, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria es la nueva figura llamada a sustituir al fraude de ley tributaria, que se regulaba en el artículo 24 de la anterior Ley General Tributaria, Ley 230/1963, como instrumento de la lucha contra el fraude fiscal sofisticado. Quiere esto decir, que ambas figuras vienen a cumplir una misma función en el ordenamiento jurídico tributario, que no es otra que establecer un límite, desde la óptica de dicho ordenamiento, a la autonomía de la voluntad.

Efectivamente, el Derecho pone a disposición de los individuos, para regular como mejor convenga nuestros propios intereses y estructurar nuestras relaciones jurídicas privadas, la posibilidad de celebrar negocios jurídicos.

Siguiendo a Albaladejo, la nota esencial de los negocios jurídicos, lo que les diferencia de otras categorías como los hechos o los actos jurídicos, no es su fenomenicidad (el ser un resultado exterior) ni su voluntariedad (el ser una conducta humana), sino el que sus efectos se producen porque son queridos por quien o quienes los celebran. Bien entendido que es el Derecho el que, si procede, ordena o permite que tales efectos se produzcan por ser los queridos por las partes (congruencia).

Y hemos dicho “si procede” porque rápidamente se entiende de lo que llevamos expuesto que, si es el Derecho el que ordena que tengan lugar los efectos jurídicos de los negocios, aquél no puede ser ajeno al fin último que los sujetos pretenden conseguir con los negocios celebrados (como por ejemplo, incumplir una norma imperativa), pues sería contradictorio afirmar que el Derecho ordena observar una determinada conducta (la prescrita por la citada norma imperativa) y sin embargo establece un instrumento a favor de quienes tienen que observarla (el negocio jurídico) para eludirla.

Por esta razón, en la misma norma en que nuestro ordenamiento jurídico reconoce el principio de la autonomía de la voluntad en el campo negocial, se establecen los límites a dicha autonomía:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público” (artículo 1255 del Código Civil).

En este sentido este autor destaca la salvaguarda del interés de la Comunidad o del bien común, entre los límites a que está sometida la autonomía privada, lo que se reconoce en el propio Código Civil cuando establece en su artículo 7 apartado 2:

“La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”.

Federico De Castro por su parte, también tiene en cuenta este límite (el bien común) a la hora de ponderar si el Derecho debe respetar los efectos

perseguidos por las partes al celebrar un negocio jurídico. A tal efecto, este autor destaca que “la figura de la causa ha ido especializándose, como un medio para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad y evitar así que la protección jurídica se ponga al servicio de algo que repugne a la conciencia social”.

Y de ahí que el Derecho no permita que se produzcan los efectos jurídicos pretendidos por las partes cuando éstos celebran negocios anómalos desde el punto de vista de su causa, esto es, negocios simulados, fiduciarios, indirectos y fraudulentos o en fraude de ley (artículos 1275 y 1276 del Código Civil).

Ahora bien, como también pone de manifiesto el citado autor, lo que deba entenderse por “interés de la comunidad”, “bien común” o “conciencia social” dependerá de los valores, principios o ideas que, en cada momento, prevalezcan en un Estado e inspiren su ordenamiento jurídico.

Centrándonos, por lo que aquí interesa, en el sistema jurídico español, la Constitución Española para lograr el objetivo de la distribución justa y equitativa de la carga tributaria, ordena en su artículo 31 lo siguiente:

“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

Según el Tribunal Constitucional, este deber de contribuir proclamado por la Constitución tiene dos implicaciones fundamentales: la generalidad de la imposición y la proscripción del fraude fiscal, entendido éste por el Tribunal como el incumplimiento del deber constitucional de contribuir. En este sentido, en el fundamento sexto de su sentencia 50/1995, de 23 febrero, establece:

“La solidaridad de todos a la hora de levantar las cargas públicas de acuerdo con la capacidad económica y dentro de un sistema tributario justo, aparece proclamada en el art. 31 de la Constitución y conlleva, con la generalidad de la imposición, la proscripción del fraude fiscal, como una de las modalidades más perniciosas y reprochables de la insolidaridad en un sistema democrático, como pone de manifiesto la legislación al respecto de los países de nuestro entorno geográfico y cultural.

La elevación del deber de tributar a un nivel constitucional se encuentra en los principios de generalidad y solidaridad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, dentro de un sistema tributario justo (art. 31 CE) y lleva consigo la necesidad de impedir «una distribución injusta de la carga fiscal (...). El incumplimiento de ese deber constitucional se llama defraudación”.

La generalidad de la imposición se manifiesta, por un lado, en que las leyes reguladoras de los principales impuestos (esto es, el IRPF, IS o el IVA, que son los que, con mucho, tienen mayor potencia recaudatoria y constituyen los verdaderos pilares de nuestro sistema tributario), en lugar de contener una enumeración pormenorizada y exhaustiva de los negocios jurídicos que conforman sus hechos imponible, se limitan a definir estos últimos, sin agotarlos, en una clara vocación de gravar toda manifestación de capacidad económica que constituya el objeto de tales impuestos. Por otro lado, dicha generalidad también se manifiesta en que las citadas leyes sí enumeran en cambio, de forma un tanto extenuante, las diferentes exenciones, reducciones, deducciones, bonificaciones y supuestos de no sujeción que conforman las excepciones que las mencionadas leyes permiten al dicho deber general de contribuir.

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

De lo dicho se sigue, en primer lugar, que en nuestro Derecho la regla es contribuir al sostenimiento del gasto público y no contribuir la excepción, que deberá estar justificada. Y también se sigue, en segundo lugar, que es inexacta la afirmación que algunos autores sostienen que las leyes tributarias establecen una lista o menú de negocios jurídicos que constituirían otros tantos hechos imposables, de manera que bastaría con celebrar otro u otros no contemplados en dichas leyes para eludir la imposición pues:

- la realidad es más bien la contraria (el hecho imponible se suele definir en la ley sin relación a un negocio concreto, mientras que, por el contrario, son los beneficios fiscales los que sí se enumeran de forma exhaustiva);

- tal afirmación equivaldría a decir que la ley da la opción a determinados individuos (los que estarían en posición de poder eludir el hecho imponible) de elegir si contribuyen o no al sostenimiento de los gastos públicos (lo que es claramente contrario a los principios de generalidad, solidaridad y equitativa distribución de la carga tributaria que proclama el Tribunal Constitucional), o lo que es lo mismo, que la ley permite a dichos ciudadanos elegir si contribuyen o no a la consecución del Estado social que reconoce la Constitución (Estado social cuyo logro es evidente que escapa a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos).

Finalmente, y volviendo al argumento de partida de que la autonomía privada tiene límites, nuestro Tribunal Constitucional tiene dicho, no en una, sino en varias Sentencias, que la lucha contra el fraude fiscal legitima la intromisión de los poderes públicos en la esfera de la libertad de los individuos:

“el interés general inherente a la actividad inspectora de la Hacienda pública es vital en una sociedad democrática para el bienestar económico del país, como prevé el Convenio de Roma a la hora de legitimar la injerencia de la autoridad pública en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia de cualquier persona” (STC 50/1995);

“impedir «una distribución injusta de la carga fiscal lleva consigo (...) la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta” (STC 110/1984);

“La lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos y singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria” (STC 76/1990).

Como conclusión a todo lo que llevamos dicho puede afirmarse que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria (como antes el fraude de ley) no es otra cosa, como dijimos al comenzar este apartado, que un límite a la autonomía de la voluntad. Es decir, un instrumento que el legislador pone en manos de la Administración Tributaria para impedir que se malogre la justicia social que proclama la Constitución (en su doble vertiente, de equitativa distribución de la carga tributaria y, en última instancia, de gasto público o Estado social), instrumento que permite a dicha Administración negar los efectos tributarios favorables derivados de determinados negocios jurídicos (precisamente los que atentan contra la citada justicia social o bien común), los cuales están hoy definidos en el artículo 15.1 de la LGT, reproducido más arriba.

CUARTO.- ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL ARTÍCULO 15 EN EL SUPUESTO PRESENTE. CALIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES REALIZADAS Y SU ENCAJE EN LA FIGURA DEL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA

Una vez expuestos los antecedentes del expediente, los hechos y la delimitación y requisitos de la figura del conflicto en la aplicación de la norma, corresponde analizar y resolver si en el supuesto sometido a consideración se reúnen o no tales condiciones.

La consideración de que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria en relación con las operaciones señaladas se basa, como se ha dicho, en los siguientes requisitos:

1. Las operaciones, consideradas en su conjunto, son artificiosas.
2. De las mismas no resultan efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal derivado de las operaciones realizadas.

Las operaciones analizadas en el presente informe se realizan todas ellas el mismo día, 1 de junio de 2017, en escrituras de número correlativo, y con un margen de 3 minutos, y son las siguientes:

1º. La entidad americana MCORP efectúa una aportación no dineraria a los fondos propios de la entidad americana MXEI por importe de X millones de dólares.

2º. MXEI transmitió ese mismo día (como aportación de capital) las participaciones en M SPAIN, a la entidad estadounidense M Holding 5 LLC como “general partner” o socio colectivo de la entidad neerlandesa en atribución de rentas M Global Holding CV (CV Partnership)

3º. M Holding 5, LLC, como socio colectivo de CV Partnership, transmitió el mismo día (mediante acuerdo de compra-venta), las participaciones en M SPAIN a la sociedad holandesa N BV. Esta última transmisión, a diferencia de las anteriores, se hizo a crédito.

El resultado final es que la entidad americana MCORP transmite su participación en la sociedad española sin tributación por la renta obtenida.

Los argumentos a tener en cuenta para considerar que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria en dichas operaciones son:

4.1. Las operaciones, consideradas en su conjunto, son artificiosas.

Las operaciones realizadas, consideradas en su conjunto, son notoriamente artificiosas o impropias para la consecución del resultado. Para llegar a esta conclusión, se hace necesario, en primer lugar, desentrañar el sustrato o realidad económica de los hechos y circunstancias acaecidas:

Tal y como se ha relatado previamente, lo cierto es que el obligado tributario, la sociedad americana MCORP, quería transmitir su participación del 100% de la sociedad española M SPAIN a la sociedad holandesa N BV. Esta transmisión hubiera determinado la tributación en el IRNR de más de X millones de euros.

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

Y para eludir esta tributación el obligado tributario utilizó otras sociedades de su Grupo, a fin de realizar una cadena artificial de transmisiones que le permitiera esquivar la aplicación del CDI España-EEUU.

El carácter artificioso de estas transmisiones está implícito en su concatenación, ya que se llevaron a cabo hasta tres transmisiones, el mismo día, en escrituras correlativas y en escasos minutos. Debe dejarse constancia de que esta operativa es ya un claro indicador del artificio llevado a cabo y de la inexistencia de otras motivaciones jurídicas o económicas, teniendo como efecto evidente el impago pago del IRNR español debido.

Como decimos, esta concatenación de transmisiones entre empresas del Grupo, las dos primeras mediante aportaciones no dinerarias y la última mediante compra-venta a crédito, el mismo día, hace sospechar claramente sobre su motivación real y sobre el carácter impropio de las mismas para alcanzar el resultado perseguido, transmitir la participación a la sociedad holandesa N BV.

A tal efecto, el obligado, en escrito de fecha 1 de junio de 2021, ante el cuestionamiento, por parte de la Inspección, de la operativa realizada y de la no tributación en el IRNR, contestó lo siguiente²:

“Como se ha anticipado en previas comparecencias, para alcanzar el propósito empresarial de que todo el negocio español dependiese organizativamente de N BV y conseguir así, el control deseado de la geografía y las sinergias esperadas tras la integración del Grupo M y el Grupo N, se optó por aportar las participaciones de M Spain, SL en cadena hasta que, una vez detentadas por Partnership CV), una entidad con moneda funcional EUR, se transmitieron a N BV.

Se han enumerado en previas contestaciones las múltiples razones que llevaron al Grupo M a transmitir sus participaciones en M Spain, SL a N BV, que le permitiría controlar el negocio español de forma coordinada facilitándole estandarizar los procesos empresariales clave, la marca y la relación con el cliente, así como lograr otros objetivos operativos, legales y de tesorería.

La vía de implementación de la reorganización escogida resultaba la más conveniente para el Grupo en la medida en la que se evitaban perjuicios por diferencias de tipo de cambio, y además permitía ejecutar la reorganización sin necesidad de solicitar una Private Letter Ruling (o, guía interpretativa del tratamiento de la operación) por parte del IRS americano lo cual evitaba los costes inherentes a la solicitud, los costes de asesores por colaborar en la preparación de la solicitud y suponía además, un ahorro de tiempo por no tener que esperar a su emisión, lo cual normalmente tarda entre 3 y 6 meses pero que, en caso de operaciones complejas o que involucren numerosas jurisdicciones, como sería el caso, podría demorarse más en el tiempo.

² Esta información había sido solicitada reiteradamente por el Equipo de Inspección, siendo las motivaciones contenidas en las contestaciones del contribuyente parcas e incompletas. La solicitud de esta información se solicitó, tal y como consta en el expediente administrativo, en:

-Comunicación de inicio de actuaciones de fecha 1 de junio de 2020

-Diligencia 1 de fecha 19 de febrero de 2021

-Diligencia 2 de fecha 22 de marzo de 2021

-Notificación de fecha 20 de abril de 2021

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

Y es que, en caso de que la transmisión de las participaciones de M Spain, SL hubiera sido directa de M Corporation a N BV, se hubiera hecho en todo caso a cambio de una cuenta por cobrar o pagaré.

No es práctica de mercado el efectuar este tipo de transacciones a cambio de una suma de dinero ya que, en reorganizaciones internas como la llevada a cabo por M en la que había involucrados más de 40 países a nivel mundial, hubiera supuesto el movimiento de una suma ingente de dinero lo cual, resulta poco operativo, costoso por comisiones bancarias y hubiera supuesto tener que hacer partícipes a distintas entidades bancarias en distintas jurisdicciones, poniendo a algunas compañías en dificultades de caja.

De tal forma que, de haberse efectuado una venta directa, tras la venta quedaría una cuenta por cobrar, nota o pagaré entre el comprador (N BV) y el vendedor (M Corporation) y, en su caso, lo que el Grupo hubiera llevado a cabo de forma inmediata sería la cancelación de esa cuenta por cobrar mediante la aportación en cadena de la cuenta a cambio de capital hasta su cancelación. Siendo esto así, el tratamiento que a la operación analizada en su conjunto se le hubiera dada en Estados Unidos hubiera sido la misma que la que resultó de la reorganización tal y como se efectuó por el Grupo. Si bien, al efectuarse en distintos pasos, hubiera requerido la solicitud de una Private Letter Ruling al IRS con el correspondiente coste y demora de la operación.

Siendo esto así, carecería de sentido que el Grupo escogiese una vía de implementación que perjudique su posición frente a rivales por los costes incurridos en la implementación lo cual, pudiera haber imposibilitado u obstaculizando notablemente la integración de los dos negocios. Así lo ha venido entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en una consolidada jurisprudencia que arranca en las sentencias dictadas en los Casos Centros (C-212/97), Halifax (C-255/02), y Cadbury-Schweppes (C-196/04) y continua en las posteriores Weald Leasing (C-103/09) y RBS (C-277/09), entre otras.”

En primer lugar, parece que el obligado tributario pretende ligar las operaciones realizadas con la integración con el Grupo N. Sin embargo, resulta claro que el presente informe no cuestiona las bondades de la transmisión por parte de MCORP de la sociedad española a la sociedad holandesa N; antes bien, es precisamente el hecho de que la sociedad americana quiere transmitir su participación en la sociedad española a la sociedad holandesa para conseguir esa integración, el que determina que dicha transmisión está sujeta al IRNR español.

Así que lo que se dilucida en el presente conflicto no son las motivaciones de la transmisión por parte de MCORP de su participación en la sociedad española a la sociedad holandesa, sino los tortuosos pasos seguidos para ello que, a juicio de esta Comisión, no tienen otro efecto que eludir el pago del IRNR español.

En efecto, dado que el resultado querido por las partes es la transmisión, por parte de MCORP, de su participación en la sociedad española a la sociedad N BV y que éste ha sido, efectivamente, el hecho que ha tenido lugar, lo que debe justificar el obligado tributario son las razones por las que esta operación se realiza después de una cadena de transmisiones intermedias.

Y para ello analizaremos las dos únicas motivaciones aportadas, análisis que nos va a permitir constatar la falta de credibilidad de las mismas y concluir precisamente que estas transmisiones intermedias se han realizado con la finalidad de situarse

indebidamente en la exclusión prevista en el apartado 10.c) del Protocolo del CDI ESP-EEUU y eludir el IRNR español.

En línea con lo argumentado en las actuaciones inspectoras, en el escrito de alegaciones presentado el día 20 de diciembre de 2021, (alegación “*Quinta.-conurrencia de motivos económicos válidos*”) se mencionan dos motivos para justificar la operativa. En primer lugar, evitar perjuicios por las posibles fluctuaciones de los tipos de cambio euro/dólar en la cuenta por cobrar entre la entidad transmitente y la adquirente si hubiesen tenido diferente moneda funcional. En segundo lugar, el contribuyente alega que, de haberse realizado la transmisión directa de MCORP a N BV, tendría que haber solicitado un Private Letter Ruling al IRS americano, con el consiguiente coste y demora de la operación.

Por tanto, las razones esgrimidas por el contribuyente son las siguientes:

1ª) Evitar fluctuaciones del tipo de cambio:

En la contestación de fecha 18 de febrero de 2021, el interesado alegó que las razones que le llevaron a configurar de este modo la operación fueron comerciales, sin dar mayor explicación. Expone que no aplicó el art.13.4 del CDI ESP-EEUU a la primera transmisión porque se acogió al apartado 10c) del Protocolo del citado CDI.

De las explicaciones dadas posteriormente, parece ser que las “razones/motivos comerciales” son, en síntesis, conseguir que la transmisión de las participaciones de M SPAIN se realizara entre dos empresas del Grupo con la misma moneda funcional, a fin de evitar perjuicios del tipo de cambio. Esto es, se justifica que CV Partnership, entidad en régimen de atribución de rentas neerlandesa, sea la que transmita las participaciones a N BV, entidad también neerlandesa, a fin de que la cuenta acreedora y deudora de una y otra, surgidas de la operación, estuvieran denominadas en euros.

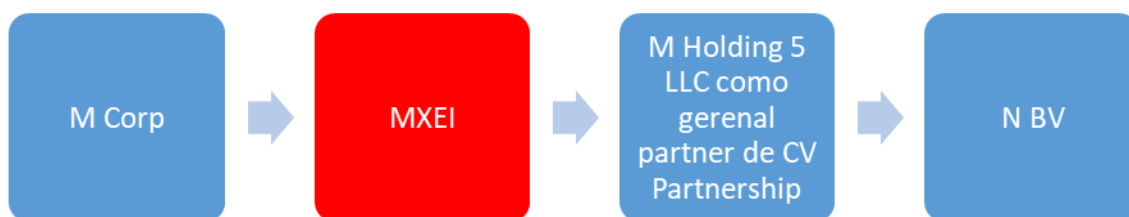
Con carácter previo cabe señalar que lo que parece que subyace en el argumento del obligado tributario es que la transmisión se ha efectuado entre dos entidades de la misma nacionalidad para que la transacción se haga en la misma moneda y no existan fluctuaciones en cuanto al tipo de cambio. Desde esta perspectiva, no se llega a comprender la lógica del argumento del obligado tributario en un contexto como el actual con una economía globalizada y en un ámbito como el propio de las multinacionales que participan en las operaciones objeto de análisis, por cuanto el hecho de que la transacción se realice entre entidades de la misma nacionalidad no determina que, necesariamente, deban las dos entidades operar en la misma divisa y esta sea la propia de la nacionalidad, salvo que ello sea así como consecuencia de la aplicación de una normativa restrictiva en la utilización de divisas que, evidentemente, no es el caso. En este sentido, esta razón “comercial” del tipo de cambio no justifica el esquema de la operación. Por ejemplo, existen instrumentos financieros en el mercado que permiten asegurar el tipo de cambio de una operación. Además, esta razón, en su caso, sólo justificaría una de las transmisiones del esquema total. Efectivamente, el perjuicio del tipo de cambio esgrimido se evita, igualmente, con la transmisión directa de MCORP a CV Partnership. Gráficamente:

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria



En este esquema, la entidad que finalmente transmite es CV Partnership, entidad neerlandesa, con moneda funcional el euro y la que adquiere N BV, entidad también neerlandesa con moneda funcional el euro. Se evitan los mencionados perjuicios del tipo de cambio. Sin embargo, esta estructura sí permite aplicar de forma inmediata, directa y clara el art.13.4 del CDI ESP-EEUU a la transmisión de MCORP a CV partnership y exigir la tributación inicialmente mencionada.

Para evitar esa tributación, el Grupo ha incluido otra transmisión a una empresa americana del Grupo intermedia entre MCORP y CV Partnership que ostente la participación en M SPAIN, es la transmisión realizada unos minutos antes que se produce de MCORP a MXEI. Gráficamente:



Y ello sin mencionar que, siendo MCORP la socia de M SPAIN, y para evitar un supuesto perjuicio de tipo de cambio, resulta que MCORP “cede gratuitamente” (mediante canje de valores) las participaciones en M SPAIN y es otra sociedad del Grupo, CV partnership, la que efectúa la transmisión a crédito a N BV y en la que, por tanto, se residencia la cuenta a cobrar (y sus debidos ingresos financieros), justificación que no tiene lógica alguna.

2ª) La necesidad de solicitar una PLR al IRS americano.

La siguiente justificación aportada por el obligado tributario para justificar la cadena de transmisiones intermedias es la de evitar la solicitud de una Private Letter Ruling.

En principio, en escrito de fecha 16 de marzo de 2021, el contribuyente alega que la operación se articula de este modo porque “*desde un punto de vista legal estadounidense era más conveniente*”. Las restantes explicaciones aportadas en ese escrito pueden justificar el motivo económico válido de la operación (operación integrada en una “reorganización societaria más amplia”: agrupar bajo N las participaciones de M Spain) –algo que no se pone en cuestión- pero que no justifican el modo en el que se ha llevado a cabo la operación.

Posteriormente, en el escrito presentado por el obligado el día 1 de junio de 2021, se introduce como razón novedosa que, de realizarse una transmisión directa de MCORP a N BV, se tendría que haber solicitado una Private Letter Ruling (PLR, en adelante) al IRS (Internal Revenue Service) americano, la Administración tributaria de los Estados Unidos, con el coste en términos de tiempo y dinero que ello hubiera supuesto.

El contribuyente en su argumentario nos lleva a plantear que, de no realizarse la operación como se hizo, la única posibilidad alternativa era una transmisión directa de MCORP a N BV, y defiende que esto era mucho menos conveniente desde el punto de vista americano y que le hubiera llevado a solicitar una PLR.

En este punto, resulta pertinente mencionar las alegaciones presentadas por el contribuyente en fecha 20 de diciembre de 2021 respecto de esta cuestión y que están relacionadas con la Consulta vinculante V-1417, de 29 de junio de 2012 de la Dirección General de Tributos.

“La Inspección cuestiona entonces el motivo alegado por la obligada tributaria referido a que esa forma de operar era la que debía seguirse en los EEUU.

Según explicó la obligada tributaria, aún en el supuesto de que se hubiese hecho una venta directa desde la matriz a la entidad holandesa, “el tratamiento que a la operación analizada en su conjunto se le hubiera dada en Estados Unidos hubiera sido la misma que la que resultó de la reorganización tal y como se efectuó por el Grupo. Si bien, al efectuarse en distintos pasos, hubiera requerido la solicitud de una Private Letter Ruling al IRS con el correspondiente coste y demora de la operación.”

Como puede comprobarse, esta explicación es coincidente con la ofrecida en la propia consulta de la DGT antes analizada en la que se reflejaba que conforme al derecho societario corporativo estadounidense “es práctica corriente que, en caso de que una compañía deba realizar una aportación no dineraria a otras sociedades del grupo, efectúe en primer lugar dicha aportación de activos a su inmediata filial y esta a su vez a la suya y así sucesivamente, respetando de esta forma la cadena de aportaciones a subsidiarias directamente participadas en lugar de efectuar una aportación de activos directamente a una filial indirectamente participada”. Nada objetó en este punto la DGT.

Por tanto, existía un motivo jurídico válido para realizar esas transmisiones sucesivas dentro del Grupo como era la práctica de mercado de los EEUU.”

En resumen, el contribuyente explica que la práctica normal de mercado en EEUU es realizar transmisiones sucesivas de matriz a inmediata filial y de esta a su inmediata filial y así sucesivamente. En caso de no realizarse de esta manera, resultaría menos conveniente desde el punto de vista legal estadounidense y según el contribuyente hubiera sido necesaria una PLR, esto es, una consulta al IRS americano. Evitar esa consulta justifica la configuración de la operación.

Ahora bien, ni una ni otra afirmación han sido acreditadas. Pretende el obligado tributario que la Inspección acepte que “la práctica usual” en EEUU es la concatenación de transmisiones porque un consultante, en la consulta de la DGT señalada, ha realizado semejante afirmación. Evidentemente, esta alegación no puede ser aceptada. Antes bien, cuando una operación simple, con un objetivo claro, como es el traspaso de participaciones de una sociedad americana a una holandesa se articula con la complejidad que hemos visto, debe analizarse si estas operaciones son artificiosas y despliegan efectos jurídicos relevantes o si las mismas no producen otro efecto que el ahorro fiscal, que es lo que se debate en el presente conflicto. Asimismo, esta consideración invalida ya la pretendida justificación de la necesidad de evitar la presentación de una consulta en EEUU, cuestión a la que volveremos más adelante.

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

Por otro lado, si no seguir la práctica usual de mercado necesitaba una PLR, un análisis del esquema societario del Grupo, concretamente en EEUU, nos demuestra como el contribuyente no siguió la práctica que él califica como usual y, sin embargo, no solicitó PLR alguna. Efectivamente, según la documentación presentada al SEC que obra en el expediente administrativo, la filial inmediata de MCORP no era la adquirente MXEI, sino la filial M International Inc (MXII). Sin embargo, a esta última empresa no se le transmitieron las participaciones de M Spain en ningún momento por MCORP, y consecuentemente, después tampoco MXII transmitiría las participaciones de la española a su inmediata filial MXEI. En definitiva, a pesar de que no se siguió la práctica que el obligado tributario califica como usual de mercado, no fue necesario solicitar PLR alguna. A juicio de esta Comisión, parece una contradicción que el interesado alegue que el “*motivo jurídico para realizar estas transmisiones sucesivas*” era seguir la práctica habitual o usual del mercado, cuando el mismo no ha seguido dicha práctica.

Por otro lado, en relación a la solicitud de una PLR, es necesario destacar que la Inspección en Diligencia nº4 de 18 de junio, efectuó las siguientes preguntas al contribuyente:

“a) Que se indique si la petición de esa PLR, para esta operación concreta (transmisión de las participaciones de M Spain SL) era obligatoria o voluntaria. En caso de que fuera obligatoria, que se indique la normativa en la que se preceptúe tal obligatoriedad.

b) El contribuyente informa que la solicitud de la PLR conllevaba un coste en términos de tiempo y dinero. Se solicita que se haga una estimación razonada sobre el coste, en términos de dinero, de tramitar una PLR para esta concreta operación, con el desglose de los correspondientes gastos.

c) Se solicita que se informe con cuánto tiempo de antelación, aproximadamente, se venía preparando la operación de reestructuración del Grupo M en España, teniendo en cuenta que el grupo M adquirió el grupo N en el año 2015.”

He aquí la respuesta del contribuyente, en escrito de fecha 2 de julio de 2021:

“a) La petición de la PLR era voluntaria si bien, dada la magnitud de la transacción y que la reorganización involucraba a más de 40 jurisdicciones por procedimientos y estándares de calidad internos el Grupo M no cabría haber acometido la reorganización siguiendo la vía alternativa bajo análisis de la inspección sin disponer de una PLR favorable.

b) El coste de la solicitud de la PRL es, aproximadamente, de 200.000-300.000 USD y dicho coste incluye la tasa de solicitud al gobierno y los honorarios del asesor legal/fiscal para preparar la solicitud.

c) El estudio de la necesidad de reorganizar e integrar el Grupo M y N comenzó poco después de la adquisición de N si bien, la definición final de los pasos para llevar a cabo la reestructuración en cada jurisdicción y la aprobación de la integración vista en su conjunto fue un proceso complejo que se demoró en el tiempo. No obstante, consideramos que lo verdaderamente relevante a estos efectos no es el momento en el que se comenzó a valorar la posibilidad de llevar a cabo la operación de reestructuración del Grupo M, sino el motivo por el cual se definió la transmisión de las participaciones en M Spain. A este respecto, señalamos que lo que se pretendía era

que la transmisión se hiciera de la manera más eficiente posible desde un punto de vista empresarial.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el plazo para que el gobierno revise la solicitud y emita la PRL es de seis meses. No obstante, el tiempo que se tarda en preparar dicha solicitud es de 2-3 meses, aproximadamente, ya que conlleva la confirmación de los hechos, investigar los argumentos técnicos fiscales, redactar la solicitud, etc. Además, una vez la solicitud ha sido revisada por el gobierno, no hay ninguna garantía de que dicho órgano emita una PLR favorable.”

De estas explicaciones, resulta destacable que la PLR sea enteramente voluntaria. Además, se apela a la conveniencia de haber presentado esta consulta *“dada la magnitud de la transacción y que la reorganización involucraba a más de 40 jurisdicciones”* por lo que *“por procedimientos y estándares de calidad internos el Grupo M no habría haber acometido la reorganización siguiendo la vía alternativa bajo análisis de la inspección sin disponer de una PLR favorable.”*

Pues bien, en el presente informe se está analizando una operación concreta, la transmisión de la sociedad M SPAIN, y no se conoce si todas las demás operaciones (el obligado tributario se refiere a 40 jurisdicciones) se han realizado con esta cadena de transmisiones o no; aunque así fuera, aspecto que se desconoce, si las operaciones realizadas no despliegan ningún otro efecto jurídico o económico que el ahorro fiscal, como se concluye en el presente informe, la conclusión debida es el sometimiento a gravamen de la operación eludida. Y, debemos decirlo, resulta chocante que se apele, para justificar este tortuoso camino de transmisiones, al ahorro de una consulta al IRS americano cuando se señala además que existen multiplicidad de operaciones relativas a 40 jurisdicciones.

En definitiva, la sociedad no ha justificado la necesidad de presentar una consulta al IRS americano, más allá de las alegaciones vertidas; no ha señalado que podría haber habido una tributación diferente en EEUU de realizar la transmisión analizada de una forma u otra; no ha justificado que esta consulta no fuera necesaria precisamente porque la operación se realiza tortuosamente, ni esta Comisión, ciertamente, alcanza a ver esa justificación; ni se conoce tampoco si la consulta fue o no presentada al IRS; lo único que podemos concluir es que este argumento no tiene relevancia alguna.

En resumen, el contribuyente alega como efectos económicos relevantes de la cadena de transmisiones efectuadas: los perjuicios derivados del tipo de cambio y, en caso de realizar la transmisión directa de MCORP a N BV, la necesidad de solicitar una PLR; motivos ambos que no pueden ser aceptados por las razones expuestas.

4.2. No concurrencia de efectos jurídicos o económicos relevantes al margen del ahorro fiscal derivado de las operaciones analizadas.

La triple operación de transmisión, el 1 de junio de 2017, de la participación en la sociedad española M SPAIN confiere una especial artificiosidad a la operativa realizada, lo que dificulta desentrañar el sustrato o realidad de lo verdaderamente acaecido.

No obstante, lo cierto es que, despejadas estas operaciones, el resultado obtenido es sencillo y se puede resumir en que la sociedad americana, matriz de la sociedad española M SPAIN desde su constitución, ha transmitido su participación en esta sociedad a la sociedad holandesa N BV.

Y esta transmisión se ha articulado a través de una cadena artificiosa de operaciones que ha permitido obtener un importante ahorro fiscal, en la medida que se ha eludido la tributación debida por el IRNR.

Como puede apreciarse, de la operativa seguida no resultan efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

La mera observación de las escrituras formalizadas el mismo día, de forma consecutiva anticipa ya, de forma clara, la inexistencia de otros efectos jurídicos o económicos que no sean el ahorro fiscal alcanzado de la no tributación de MCORP en el IRNR. Conclusión conformada tras el estudio que se ha efectuado en el apartado anterior acerca de las motivaciones alegadas por el obligado tributario.

Para llegar al resultado obtenido, la entidad americana disponía de otra alternativa, que podría considerarse como la “usual o propia”, en los términos del artículo 15 de la LGT: la transmisión directa a N BV.

A través de las operaciones “usuales o propias” habrían resultado unos efectos jurídicos y económicos sustancialmente similares a los que derivan de la operativa realizada. La única diferencia relevante en los efectos resultantes sería el ahorro fiscal obtenido. Como se ha analizado, la operativa realizada permite un ahorro fiscal al no haber tributado en el IRNR por un importe de X millones de euros. Sin embargo, a través de los actos o negocios usuales o propios, la entidad americana tendría que haber satisfecho ese importe a la Hacienda Pública española.

V.- EXAMEN DE LAS ALEGACIONES DEL INTERESADO.

Mediante escrito aportado en fecha 20 de diciembre de 2021, el obligado tributario presenta, dentro del plazo de 15 días conferido al efecto, alegaciones frente a la Comunicación sobre la posible concurrencia de las circunstancias para la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

En la alegación cuarta, quinta y sexta, el obligado tributario defiende la inexistencia de artificiosidad en la operación; la existencia de motivos económicos válidos y la no elusión de tributación, respectivamente.

Una vez que las alegaciones sobre los efectos económicos y/o jurídicos relevantes vertidos en el escrito de alegaciones por el interesado (alegación quinta) ya han sido analizadas en el apartado precedente, las restantes alegaciones presentadas son básicamente dos:

1ª. Inexistencia de artificiosidad en las operaciones.

El obligado tributario defiende que las operaciones realizadas son usuales e, incluso, han sido validadas por la DGT en la consulta vinculante V1417-12, de 29 de junio de 2012.

Con carácter previo, hay que señalar que la consulta de referencia no ha sido evacuada por la DGT al propio obligado tributario, sino a otro contribuyente.

Asimismo, cabe señalar que, en la citada consulta, una entidad americana va a transmitir sus participaciones en una entidad española a otra entidad española. Para ello, realiza varias transmisiones en cadena (todas ellas aportaciones no dinerarias o canjes), y todas ellas a empresas del Grupo:

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

- 1) De la empresa estadounidense consultante a la empresa estadounidense U.
- 2) De la empresa estadounidense U a la empresa holandesa H.
- 3) De la empresa holandesa H a la empresa española E.

La consulta se refiere, concretamente, a si la transmisión número 2, configurándose como un canje de valores, puede acogerse al régimen de neutralidad fiscal previsto en el capítulo VII del Título VII del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, cuestión a la que el órgano consultado responde negativamente.

La explicación efectuada por el consultante sobre las circunstancias de la operación es la siguiente:

“La razón de llevar a cabo estas sucesivas aportaciones a sociedades del mismo grupo es la de respetar las prácticas habituales en materia de derecho societario-corporativo estadounidense, rigurosamente seguidas por las sociedades de este país. En este sentido, es práctica corriente que en caso de que una compañía deba realizar una aportación no dineraria a otras sociedades del grupo, efectúe en primer lugar dicha aportación de activos a su inmediata filial y esta a su vez a la suya y así sucesivamente, respetando de esta forma la cadena de aportaciones a subsidiarias directamente participadas en lugar de efectuar una aportación de activos directamente a una filial indirectamente participada.

Igualmente, el tratamiento fiscal en Estados Unidos si se hiciera esta aportación de la entidad consultante directamente a la sociedad española E, sería considerar que ha habido una aportación de la matriz a su inmediata filial y de esta a la suya inmediata y de esta a su vez a la suya, con independencia de que se haya producido esta aportación sin respetar esta cadena.

Por ello, en este tipo de aportaciones se intenta respetar la práctica corporativo-societaria que está en consonancia con el tratamiento fiscal”.

El contribuyente, ante estas manifestaciones del consultante al plantear la consulta, concluye que la primera transmisión por ellos efectuada (MCORP a MXE1) es una práctica común al derecho societario-corporativo estadounidense. Se trata, por lo tanto, según el obligado, de un negocio usual o habitual y que por ello no puede considerarse artificioso o impropio.

El contribuyente, además, resalta que la DGT reconoce que:

Primero: a la primera transmisión de las acciones de la sociedad española S por parte de su matriz americana a su filial, la sociedad americana U, no está sujeta a tributación en España al tratarse de una operación entre entidades del Grupo de consolidación fiscal (por aplicación del apartado 10.c) del Protocolo).

Segundo: a la aportación de acciones de la sociedad U a su filial en Holanda H debe aplicarse el artículo 13.4 CDI. El apartado iii) del apartado 10.c) del Protocolo contiene una regla de diferimiento que determina que la sociedad H deba calcular una renta con el valor y la fecha de adquisición de la sociedad inicial, la matriz americana consultante.

El contribuyente concluye lo siguiente:

“en ningún momento la DGT consideró que una operación de este tipo, con doble transmisión, fuera una operación artificiosa o impropia porque la venta podía y debía

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

realizarse entre la sociedad matriz estadounidense y la holandesa. A lo largo de toda la consulta no se desliza la más mínima sospecha ni se hace la más mínima salvedad o advertencia de que, en determinadas condiciones, la operación podría ser considerada como un conflicto en la aplicación de la norma.

Por tanto, si el máximo intérprete de la Administración tributaria activa, en una consulta con efectos vinculantes, ha analizado una operación de la misma naturaleza que la que analiza la Inspección sin advertir el más mínimo indicio de conflicto, no puede ahora la Inspección desautorizar ese criterio e ir en contra de esos efectos vinculantes.

En definitiva: habrá que analizar en este caso si se cumplen o no los requisitos para determinar si debió de haber tributación en España, pero lo que no cabe, en ningún caso, es desconocer las dos transmisiones realizadas para, en su lugar, considerar que la tributación será la que hubiera correspondido a una sola transmisión directa entre la sociedad matriz estadounidense y entidad holandesa, como pretende la Inspección.”

Como se ha señalado anteriormente, lo determinante (más allá de si la DGT se pronunció expresamente sobre algo que no se le había consultado, sobre lo que volveremos más adelante) es si en los actos o negocios llevados a cabo se aprecian las circunstancias previstas en el art.15.1 de la Ley General Tributaria, que recordemos, son:

- a) *Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.*
- b) *Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.*

Por lo tanto, para un adecuado enjuiciamiento de la operativa realizada, es necesario tener en cuenta los actos o negocios que concurren en el presente expediente. En la citada consulta **el consultante señala lo siguiente**, que hace suyo el obligado tributario para calificar como habitual la intermediación de MXEI:

“...es práctica corriente que en caso de que una compañía deba realizar una aportación no dineraria a otras sociedades del grupo, efectúe en primer lugar dicha aportación de activos a su inmediata filial y esta a su vez a la suya y así sucesivamente, respetando de esta forma la cadena de aportaciones a subsidiarias directamente participadas en lugar de efectuar una aportación de activos directamente a una filial indirectamente participada.”

Ya hemos argumentado anteriormente que la manifestación de una entidad consultante en una consulta no acredita la realidad de tal afirmación sobre la habitualidad o “práctica corriente”.

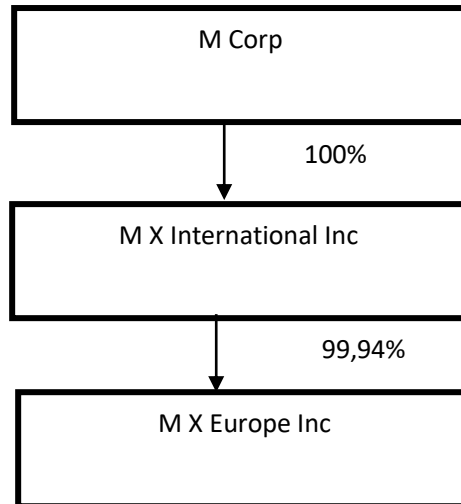
Además, debe tenerse presente que, en el presente caso no hay una cadena total de aportaciones no dinerarias o canjes a otras sociedades del grupo, como tiene lugar en la consulta citada, sino que resulta que la última transmisión es una transmisión onerosa sin más; de ahí que ni siquiera pueda justificarse las operaciones realizadas en la práctica habitual de efectuar las cadenas de aportaciones no dinerarias de matriz a filial. El presente caso la adquirente final, N BV adquiere a crédito.

Por otra parte, como se ha explicado en párrafos anteriores, el contribuyente tampoco hace transmisiones sucesivas de matriz a filial siguiendo el esquema societario desde

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

MCORP hasta N BV: falta la transmisión de MCORP (matriz) a MXII (filial inmediata) y de esta última a su filial inmediata, MXEI.

Así, hemos destacado que, analizando nuestro caso, se observa como la cadena de propiedad de las filiales del Grupo de Consolidación americano es:



La filial inmediata de MCORP no es la empresa a la que se transmitieron las participaciones, MXEI, sino la entidad MXII. Sin embargo, a esta última no se le transmitieron en ningún momento las participaciones de la entidad española.

Si lo usual o habitual era, según el contribuyente, realizar aportaciones sucesivas respetando la cadena de propiedad, las participaciones se deberían de haber transmitido de MCORP a MXII y, de esta, a MXEI. Sin embargo, se hizo una única transmisión de MCORP a MXEI, en contradicción con lo que el contribuyente quiere presentar como modo de operar usual o habitual.

Por último, se alega por el contribuyente que la transmisión de MCORP a MXEI se justifica por ser esta última el socio de CV Partnership. No obstante, como ya se ha venido explicando, si se tiene en cuenta todo el esquema societario del Grupo M (no solo el del Grupo de consolidación americano) parece que, desde MCORP hasta N BV, existen otras entidades filiales intermedias a las que no se les han transmitido las participaciones de M Spain: M Holding 1, LLC; M Holding 2, LLC y M Acquisition BV, tal y como puede comprobarse en el esquema societario de la página 4 del presente Informe, si bien el mismo se refiere a mayo de 2018.

En todo caso, resulta destacable, a juicio de esta Comisión, que, en el presente caso, a diferencia de la consulta citada y de lo que el obligado tributario quiere presentar como modo usual de transmisión, no hay una cadena total de aportaciones no dinerarias, dado que la adquirente final, N BV, adquiere a crédito.

Finalmente, debemos destacar que la impropiedad de los negocios celebrados resulta del examen del conjunto de operaciones, en tanto que determinen una creación artificiosa por parte del sujeto pasivo de las condiciones necesarias para la consecución del fraude pretendido. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta si la operativa utilizada sólo se justifica o adquiere sentido para evitar el efecto exigido por el ordenamiento tributario.

Entendemos 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 extravagancia. En la apreciación de la artificiosidad debe atenderse a si la valoración del conjunto de operaciones desarrolladas o de la estructura comercial desplegada responde a alguna lógica empresarial o, en cambio, se reduce a la persecución de una estricta ventaja o elusión fiscal.

Según nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa, existe una íntima relación entre los dos requisitos previstos legalmente como delimitadores de la figura del conflicto, toda vez que la utilización de los negocios de forma inadecuada o impropia sólo se pondrá de manifiesto como consecuencia de la ausencia de una explicación plausible (efecto económico o de otra índole) que lo justifique y que no sea el ahorro de impuestos.

En definitiva, la artificiosidad o impropiedad no se salva por el hecho de que la actividad desplegada sea usual o habitual. Hay que analizar si, de tales actos o negocios, se desprenden efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal conseguido.

El interesado, además, en relación a la consulta de referencia, alega lo siguiente:

“En ningún momento la DGT consideró que una operación de este tipo, con doble transmisión, fuera una operación artificiosa o impropia porque la venta podía y debía realizarse entre la sociedad matriz estadounidense y la holandesa. A lo largo de toda la consulta no se desliza la más mínima sospecha ni se hace la más mínima salvedad o advertencia de que, en determinadas condiciones, la operación podría ser considerada como un conflicto en la aplicación de la norma.

Por tanto, si el máximo intérprete de la Administración tributaria activa, en una consulta con efectos vinculantes, ha analizado una operación de la misma naturaleza que la que analiza la Inspección sin advertir el más mínimo indicio de conflicto, no puede ahora la Inspección desautorizar ese criterio e ir en contra de esos efectos vinculantes.”

Estas apreciaciones nos parecen erróneas. De entrada, la consulta no planteaba ninguna cuestión sobre artificiosidad de las operaciones o sobre el conflicto en la aplicación de la norma. Que la DGT base su contestación sin cuestionar las explicaciones iniciales que plantea el consultante es lo normal (no se pregunta sobre ello y la valoración de un conflicto o simulación exige el análisis de los hechos y motivaciones existentes) y no implica que, en nuestro caso, los actos o negocios considerados en su conjunto en relación con el resultado obtenido no puedan calificarse como artificiosos o impropios.

2ª La no elusión de tributación (alegación sexta).

Se centra esta alegación en dos puntos:

-La consulta DGT V1417/2012

El contribuyente afirma que, para la Inspección, el núcleo del problema se encuentra en el hecho de que, a través de la primera transmisión, se sitúa a la sociedad MXEI en disposición de transmitir nuevamente su participación en M SPAIN sin tributación al no cumplir MXEI el requisito de antigüedad de 12 meses previsto en el artículo 13.4 CDI.

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

Para el contribuyente *“el razonamiento expuesto por la Inspección carece de respaldo legislativo y contraviene el propio precepto que pretende aplicar, así como la interpretación realizada por la propia DGT”*.

Así, señala el contribuyente que la DGT, en la consulta vinculante antes analizada, señala que el apartado iii) del apartado 10.c) del Protocolo del CDI establece una regla de diferimiento de tributación, de manera que, en la siguiente transmisión, debe tomarse en cuenta no solo el valor de adquisición originario sino también la fecha de adquisición originaria

Y concluye en sus alegaciones:

“De lo anterior es posible concluir que, con la norma y el CDI en la mano, es por definición imposible que, con la primera transmisión, se actualice la fecha de adquisición del transmitente y su valor fiscal en la segunda operación para burlar el requisito del cumplimiento del plazo de 12 meses y se revalorice la cartera y así eludir la tributación en España, porque la propia norma contiene ya una previsión al respecto que lo impide.

Por tanto, la tesis de la Inspección de que la primera transmisión sirvió para que no se cumpliera con el requisito de los 12 meses en la segunda transmisión y se actualizase su valor -que es la base de este planteamiento del conflicto en la aplicación de la norma- se revela completamente ajena a la normativa vigente y, nuevamente, a la interpretación de la propia DGT.”

Alegación que, debemos decir, no deja de sorprender.

El contribuyente menciona “la tesis de la Inspección”. Sin embargo, esta no es la tesis de la Inspección, sino todo lo contrario, precisamente han sido las explicaciones del contribuyente manifestadas durante el procedimiento para justificar la no tributación en el IRNR, que ahora se cambian.

Efectivamente, aunque en fecha 12 de abril de 2021 el interesado explicaba que no había tributado en la segunda transmisión efectuada por MXEI porque no había mantenido las participaciones durante el plazo mínimo de un año exigido en el art.13.4, ahora se acoge a la interpretación de la DGT de que no hay actualización de fechas en caso de transmisiones entre entidades del mismo grupo fiscal para evitar la calificación de su actividad como elusiva. Claro, eso sí, debemos añadir, después de no haber aplicado este criterio y no haber tributado ni en la primera ni en la segunda transmisión.

Así, el contribuyente ha explicado cual ha sido el régimen tributario que ha aplicado:

A la primera transmisión (MCORP a MXEI), la exención prevista en el apartado 10c) del Protocolo del CDI ESP-EEUU, a la segunda (MXEI a CV Partnership), inaplicación del art.13.4 del CDI.

Sin embargo, la aplicación a la primera transmisión del apartado 10c) conlleva una serie de requisitos contenidos en el propio apartado, entre los cuales, el apartado iii) obliga a que, en la transmisión ulterior, se produzca la efectiva tributación (dado que debe tomarse como valor de adquisición el inicial para el primer transmitente).

El citado requisito iii) señala lo siguiente:

iii) 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

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

para la transmitente, incrementado, en su caso, en la cuantía del efectivo u otros bienes entregados.

Lo que dice este apartado es que la ganancia patrimonial en la transmisión ulterior se determine tomando como coste inicial (valor de adquisición, en nuestra terminología) del activo (participaciones en M Spain) para MXEI (adquirente en la primera transmisión) el coste que tuvo para MCORP (transmitente en la primera transmisión) y, en su caso, incrementado por el efectivo u otros bienes entregados.

Durante el procedimiento, cuando se preguntó al contribuyente por qué esta segunda operación no había determinado ganancia patrimonial por el art.13.4 contestó lo siguiente en fecha de 12 de abril de 2021:

“MXEI adquirió y transmitió las participaciones de M Spain en fechas consecutivas y, por tanto, al mismo precio/valor por el que las había recibido. Además, debido a que la adquisición y posterior transmisión se realizó de manera consecutiva, no se había mantenido la participación en la entidad española durante el plazo mínimo de un año que exige el artículo 13.4 del CDI España-EEUU para extender la tributación al estado de la fuente.”

El contribuyente alegó, por tanto, que en esta transmisión no le correspondía tributación alguna por el art.13.4 del CDI, por no haber mantenido las participaciones 12 meses. Y esta es la tesis del contribuyente durante el procedimiento

Esta afirmación, acorde a su proceder de no haber tributado en ninguna de las 2 operaciones, se contrapone a las alegaciones vertidas el 20 de diciembre de 2021, basadas principalmente en la Consulta V1417/2012 de la DGT. En tal consulta, el órgano directivo hace una interpretación del mencionado requisito iii) en el siguiente sentido:

“Así, el apartado iii) del punto 10.c) del Protocolo del Convenio establece una regla de diferimiento de tributación al haberse producido la transmisión de las acciones dentro de un grupo de consolidación fiscal, de manera que dicho diferimiento debe afectar no sólo al coste del activo, que será el correspondiente a la entidad transmitente en el grupo de consolidación fiscal, sino también a la fecha de adquisición del activo dentro del citado grupo, con el objeto de evitar que, a través de una transmisión entre entidades del mismo grupo fiscal se eluda la tributación que pudiera corresponder por aplicación del artículo 13.4 del Convenio.”

Esta interpretación ha sido inaplicada en el momento de realización de las operaciones y durante prácticamente todo el procedimiento, aunque ahora pretenda ser empleada por el contribuyente a su favor.

En todo caso, esta Comisión entiende que, en el presente caso, como ha quedado acreditado en el presente informe, no existen motivos económicos y jurídicos en la primera transmisión efectuada, sino solo la persecución de un ahorro fiscal, base de la instrucción del presente conflicto.

-Análisis de la tributación en EEUU.

El contribuyente, en el escrito de alegaciones de 20 de diciembre de 2021, realiza la siguiente afirmación:

“En relación con la tributación de esta operación, hay que señalar que, como consecuencia de la salida de las participaciones de M Spain fuera del perímetro de consolidación americano, M tuvo que revertir las pérdidas netas de la unidad

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

combinada de España (X \$) que se habían aplicado previamente en los ejercicios fiscales 2013 a 2017. Ese importe (X \$) sujeto a un tipo nominal del 29,2% supuso una tributación en EEUU de un importe de X USD más unos intereses de demora de X USD”

Con carácter previo hay que señalar que la menor o mayor tributación de la operación en los Estados Unidos nada añade o quita a la evaluación a efectuar por esta Comisión consultiva, por cuanto, como se ha tenido oportunidad de afirmar en numerosas ocasiones por esta Comisión, el análisis de los supuestos de hecho a efectos de la determinación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria se efectúan desde la perspectiva del derecho nacional, por cuanto lo contrario sería tanto reconocer que el ejercicio de las potestades tributarias por parte de la Administración tributaria española queda determinado por el ejercicio de la jurisdicción fiscal de otro país.

No obstante lo anterior, a efectos meramente dialecticos y didácticos, se analiza la eventual tributación que han podido tener las operaciones en Estados Unidos.

En primer lugar, es un tanto erróneo, y puede dar lugar a confusión afirmar *“la tributación de esta operación...”*. Vamos a aclarar esta tributación, ajena a nuestra controversia.

Durante el procedimiento inspector ya se manifestó por el interesado en escrito de 16 de marzo de 2021:

“Como consecuencia de la salida de las participaciones de M Spain fuera del perímetro de consolidación americano (i.e. a la entidad holandesa Partnership CV) se cristalizó una ganancia en Estado Unidos conectada con la participación ostentada en M Spain, la cual quedó sometida a tributación en EEUU bajo la normativa doméstica. No existe un modelo específico en la que se muestre dicha integración dentro de la declaración americana”

El 12 de abril, a petición del Equipo actuante, se concretaba el régimen jurídico aplicable:

“De conformidad con lo establecido en la legislación americana (Internal Revenue Code Section 721(a)), la aportación de M Spain por parte de MXEI a Partnership C.V. a cambio de intereses en la entidad adquirente no conllevaba el reconocimiento de ninguna ganancia o pérdida en sede de las entidades intervinientes.

No obstante, en virtud de la normativa “Dual Consolidated Loss (“DCL”)”, M quedó sometido a tributación en EEUU como resultado de la reversión de las DCL.

En relación con lo anterior, cabe señalar que la normativa DCL pretende evitar que las empresas estadounidenses que realizan actividades en jurisdicciones fiscales extranjeras utilicen una única pérdida económica (denominada “DCL”) para compensar dos partidas de ingresos: una partida de ingresos en una declaración de impuestos americana y otra partida de ingresos en una declaración de impuestos extranjera.

En términos generales, desde el punto de vista americano, se denomina “DCL” a la pérdida neta atribuible a una “unidad separada” de una empresa nacional. Según la normativa americana DCL, M Spain fue calificada como “unidad separada”. Para poder reclamar la pérdida económica (“DLC”) de M Spain en su declaración de impuestos correspondiente a los ejercicios fiscales finalizados el 31 de mayo de 2013, 2014 y

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

2016, las normas DCL requerían que M acreditara que ninguna parte de la pérdida económica solicitada/reclamada en la declaración de impuestos de M US fuese utilizada para compensar los ingresos en la declaración de impuestos española. Parte de esta certificación exige que M "revierta" los importes de las pérdidas económicas reclamadas durante los cinco años anteriores si M realiza posteriormente determinadas operaciones.

La aportación de la participación M Spain en 2018 fue una de esas transacciones que requirió tal reversión. En consecuencia, M tuvo que revertir las pérdidas netas de la unidad combinada de España que se utilizaron previamente en los ejercicios fiscales finalizados entre 2013 y 2017. Los intereses se calcularon a partir de la fecha de vencimiento de la declaración original cuando el contribuyente obtuvo un beneficio fiscal por la utilización de la pérdida económica."

En Diligencia nº 4 de 18 de julio de 2021, la Inspección solicitaba la siguiente información:

"Con fecha 12 de abril de 2021, mediante escrito con número de asiento registral RGE376019952021, el contribuyente informó a la Administración Tributaria que la salida de la participación en M Spain del perímetro de consolidación americano (como consecuencia de la transmisión efectuada por MXEI a "CV partnership"), supuso una tributación consistente en la reversión de la compensación de las pérdidas acumuladas por M Corporation Sucursal en España durante el periodo 2013-2017, en virtud del Internal Revenue Code Section 721 (a) y de la normativa estadounidense denominada DCL (Dual Consolidated Loss).

Se solicita:

- a) Que se confirme si estas pérdidas se habían ido integrando (periodo 2013-2017) en la Declaración consolidada estadounidense.
- b) Que se informe sobre el importe de la reversión de la citada pérdida.
- c) De las explicaciones aportadas por el contribuyente y de la lectura de la citada normativa americana, parece ser que la reversión de tales pérdidas es la consecuencia de compensar las mismas con los ingresos de una declaración de impuestos, en nuestro caso, española. Se solicita que se explique con más detalle el régimen de esta reversión y que se especifique, en su caso, los ingresos de qué declaración española han sido compensados con las citadas pérdidas."

En escrito de fecha 7 de julio de 2021, el contribuyente realizaba las siguientes precisiones:

"a) Las pérdidas acumuladas en España de los ejercicios fiscales 31 de mayo de 2013 a 2016 se integraron efectivamente en la declaración consolidada estadounidense.

b) En virtud de la normativa DCL, M tuvo que integrar en la declaración consolidada estadounidense las pérdidas reconocidas en previos ejercicios por un importe agregado de X USD, que sujeto al tipo nominal del 29,2% supuso una tributación en EEUU como resultado de la reversión de las DCL por importe de X USD, más un interés de demora de X USD.

c) A efectos meramente aclaratorios, conviene puntualizar que las pérdidas de doble consolidación (denominadas "Dual Consolidated Losses" – "DLC" – a efectos americanos) fueron generadas por M Spain, S.L. Dado que M Corporation Sucursal en

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

España estaba exenta de tributación en territorio español, sus pérdidas no se califican bajo el término “Dual Consolidated Losses”. Las pérdidas de doble consolidación se utilizaron para compensar los ingresos ordinarios en la declaración de impuestos consolidada de EE.UU. en años anteriores, por lo que al producirse el hecho desencadenante de la DCL (transmisión de M España, S.L. a la estructura holandesa) se tuvieron que recuperar/revertir esas pérdidas como ingresos ordinarios en la declaración de impuestos consolidada de EE.UU.

Como ya se ha comentado en el curso de las actuaciones inspectoras, la normativa DCL pretende evitar que las empresas estadounidenses que realizan actividades en jurisdicciones fiscales extranjeras utilicen una única pérdida económica (denominada “DCL”) para compensar dos partidas de ingresos: una partida de ingresos en una declaración de impuestos americana y otra partida de ingresos en una declaración de impuestos extranjera.”

Se pasa, a continuación, a explicar esta tributación:

En virtud de la normativa americana Dual Consolidated Losses (DCL, en adelante), es posible que, las pérdidas obtenidas en los ejercicios fiscales por lo que se llama “una unidad combinada” de una empresa propiedad estadounidense residente en otra jurisdicción, se incluyan no sólo en la declaración de impuestos de esa otra jurisdicción, sino también en la declaración de impuestos consolidada americana, lo que permite reducir la tributación en los EEUU. Ahora bien, ese beneficio fiscal está sujeto a una serie de condiciones. En lo que aquí interesa, el hecho de vender M Spain por MXEI, esto es, salir del perímetro de consolidación americano, suponía incumplir una de esas condiciones, lo que determinó tener que revertir esa reducción de tributación previamente disfrutada en los EEUU.

La unidad combinada en España estaba formada por 2 empresas: M SPAIN y F SPAIN SL. Estas 2 entidades integraban entre sí sus ganancias/pérdidas obtenidas en cada ejercicio fiscal y, en caso de pérdida de la unidad combinada, se integraba en la declaración anual consolidada de EEUU (en virtud de la normativa DCL). Así ocurrió en los ejercicios 2012, 2013 y 2015 (el periodo impositivo de 2012 finalizaba el 31 de mayo de 2013 y así sucesivamente), según se desprende del cuadro presentado. Nótese que prácticamente todas las pérdidas provienen de la F SPAIN SL. Al salir M Spain del perímetro de consolidación americano, se tuvo que revertir el previo beneficio fiscal. Así se explica por el contribuyente en el escrito de 12 de abril:

“En consecuencia, M tuvo que revertir las pérdidas netas de la unidad combinada de España que se utilizaron previamente en los ejercicios fiscales finalizados entre 2013 y 2017. Los intereses se calcularon a partir de la fecha de vencimiento de la declaración original cuando el contribuyente obtuvo un beneficio fiscal por la utilización de la pérdida económica.”

Por lo tanto, entre la tributación por la reversión de las DCL y la tributación por la ganancia patrimonial derivada del art.13.4 del CDI, no existe identidad entre el hecho imponible, la normativa tributaria aplicada y las rentas gravadas.

El incumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa DCL determina la reversión de un beneficio fiscal anterior. Beneficio que consistía en reducir el impuesto pagado a nivel consolidado en EEUU. Se puede interpretar incluso que no ha habido tributación, sino simplemente reversión de un previo beneficio fiscal. El hecho imponible es la salida del perímetro de consolidación americano, esto es, la transmisión de M SPAIN por MXEI a CV Partnership. El importe de la reversión toma

como base imponible las pérdidas obtenidas en los ejercicios 2012 a 2015 por la denominada “unidad combinada” cuyas pérdidas provenían fundamentalmente de las pérdidas obtenidas en ese periodo por la entidad española F SPAIN SL.

El hecho imponible en nuestro caso, se sitúa en la transmisión de una sociedad española, M SPAIN por parte de su matriz americana, MCORP, en virtud del artículo 13.4 del CDI ESP-EEUU, plenamente sujeta y no exenta en España, en virtud del art.13.4 del *Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal*, en su redacción a fecha de realización de la operación. La renta sometida a imposición es la ganancia patrimonial derivada la citada transmisión que se calcula por diferencia entre valor de transmisión y valor de adquisición.

Por último, como se ha explicado en el apartado “*Segundo: Aspectos procedimentales*” de los “*Antecedentes*”, con fecha 8 de marzo de 2022, la Inspección comunicaba, de nuevo, al obligado tributario, la posible concurrencia de las circunstancias del art.15 de la LGT, variando únicamente los cálculos del valor de adquisición de las participaciones y de la ganancia patrimonial derivada. Frente a esa comunicación, el obligado presentaba alegaciones el día 15 de marzo de 2022.

En el escrito de alegaciones se aducían 2 cuestiones adicionales a las alegaciones presentadas en diciembre de 2021:

-Que la nueva comunicación por la que se iniciaba la tramitación del conflicto era improcedente.

-Que la nueva cuota calculada era errónea.

Respecto de la primera cuestión alegada, el Equipo actuante, siempre en garantía de los derechos del obligado tributario y en aras de una mayor seguridad jurídica, consideró conveniente notificar al obligado tributario el nuevo cálculo del valor de adquisición de las participaciones y la ganancia patrimonial derivada. Esa nueva comunicación, que abrió un nuevo plazo de alegaciones, en nada perjudica al contribuyente, sino muy al contrario le mantiene completamente informado de la cuota que pretende liquidar la Administración Tributaria.

Respecto de la segunda de las cuestiones esgrimidas, la Inspección ha comprobado la veracidad de las alegaciones del interesado, por lo cual se ha procedido a corregir la cuota calculada que se le había notificado el día 8 de marzo de 2022 en la segunda comunicación sobre la posible concurrencia de las circunstancias para la declaración de conflicto en aplicación de la norma tributaria.

VI- CONCLUSIONES.

De los hechos y circunstancias contenidos en el presente informe, puede concluirse que M CORPORATION realizó un conjunto de operaciones que mermaron considerablemente la tributación en sede de la jurisdicción fiscal española, siendo su principal efecto de naturaleza estrictamente tributaria. La artificiosidad de las operaciones, globalmente consideradas, la inexistencia de efectos económicos relevantes que justifiquen llevar a cabo las referidas operaciones y el ahorro fiscal obtenido a través de las mismas permiten concluir que concurren las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT.

Nos encontramos ante un conjunto de transmisiones realizadas todas ellas en el mismo día con una diferencia de pocos minutos con el único efecto de eludir la tributación, en el IRNR, de la plusvalía obtenida por MCORP en la transmisión de su participada M SPAIN.

Comisión consultiva conflicto en la aplicación de la norma tributaria

Se reitera que resulta notoriamente artificioso e impropio que el contribuyente realice una cadena de transmisiones en el mismo día y en escasos minutos; dichas transmisiones no producen efectos jurídicos o económicos relevantes, más allá del ahorro fiscal y de los que se obtendrían en el caso de que la matriz americana hubiese transmitido su participación en la sociedad española a la sociedad holandesa N BV.

Por todo lo cual, y ante la evidencia de los elementos probatorios examinados y las circunstancias concurrentes acreditadas, esta Comisión consultiva concluye que **PROCEDE DECLARAR**, con el carácter vinculante que confiere a este informe el artículo 159.6 LGT:

LA CONCURRENCIA EN EL EXPEDIENTE DE COMPROBACIÓN DE M CORPORATION, DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 15.1 DE LA LEY 58/2003, DE 17 DE DICIEMBRE, GENERAL TRIBUTARIA, en relación con las transmisiones realizadas el 1 de junio de 2017, limitándose los efectos fiscales que deben ser regularizados, en el ejercicio 2017, a la tributación de la renta obtenida en la transmisión de M SPAIN en el IRNR de la sociedad M CORPORATION.

Madrid, a 29 de junio de 2022

EL PRESIDENTE

LA VOCAL

LA VOCAL

EL VOCAL