

BOLETÍN

DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV · Serie: Boletines Jurídicos

Nº40 | SEPTIEMBRE 2026 · SEMESTRAL



SUMARIO

- FRANCISCO DE VITORIA: JUSTICIA Y VIRTUDES DE LOS JUECES, por Ricardo Rivero Ortega. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.
- LA REGULACIÓN URBANÍSTICA DEL SUBSUELO, por María de los Desamparados Iruela Jiménez. Magistrada Titular de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
- TEMAS ACTUALES DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA, por Javier Eugenio López Candela. Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.
- LA INVERSIÓN EN AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO PARA LA OBTENCIÓN DE UNA RENTABILIDAD FINANCIERA A TRAVÉS DEL AHORRO DE IMPUESTOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS DE INVERSIÓN EN PROYECTOS DE I+D, por Manuel Luis Martínez Cabeza. Inspector de Hacienda del Estado, Subdirector General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Sumario

CONSEJO ASESOR

Blanca Lozano Cotanda

Andrés Martínez Arrieta

Pascual Martínez Espín

Juan Francisco Mestre Delgado

José Luis Seoane Spiegelberg

COMITÉ EDITORIAL:

Manuel J. Domingo Zaballos
(Coordinador)

Manuel Alcover Povo

José Pérez Gómez

Francisco Pleite Guadamillas

Rocío Trillo Varela

Cristina de Vicente Casillas

Capilla Hermosilla Donaire

EDITA:

Asociación Judicial Francisco de
Vitoria.

C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

DISEÑO: HOC:happyowlclub

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

3 FRANCISCO DE VITORIA: JUSTICIA Y VIRTUDES DE LOS JUECES, por Ricardo Rivero Ortega.

8 LA REGULACIÓN URBANÍSTICA DEL SUBSUELO, por María de los Desamparados Iruela Jiménez.

20 TEMAS ACTUALES DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA, por Javier Eugenio López Candela.

35 LA INVERSIÓN EN AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO PARA LA OBTENCIÓN DE UNA RENTABILIDAD FINANCIERA A TRAVÉS DEL AHORRO DE IMPUESTOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS DE INVERSIÓN EN PROYECTOS DE I+D, por Manuel Luis Martínez Cabeza.

FRANCISCO DE VITORIA: JUSTICIA Y VIRTUDES DE LOS JUECES

Ricardo Rivero Ortega

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad de Salamanca

Fecha de finalización del trabajo: 2 de mayo de 2026.

SUMARIO: I. ¿Por qué recordamos a Francisco de Vitoria? II. Un maestro decidido a hacer lo correcto. III. Su idea de justicia como virtud. IV. La reputación de los jueces.

RESUMEN: El quinto centenario de la llegada de Francisco de Vitoria a su Cátedra de Salamanca nos ofrece la oportunidad de reivindicar un legado memorable, la idea de Justicia que defendió y sus reflexiones sobre los jueces.

ABSTRACT: The fifth centenary of the arrival of Francisco de Vitoria to his chair in the University of Salamanca offers the opportunity to assert his legacy, the idea on Justice he defended and his reflections on judges.

PALABRAS CLAVE: Francisco de Vitoria; Escuela de Salamanca; Justicia; reputación judicial.

KEYWORDS: Francisco de Vitoria; School of Salamanca; Justice; Judicial Reputation.

I ¿Por qué recordamos a Francisco de Vitoria?

Si tras quinientos años aún citamos a Francisco de Vitoria es porque este burgalés logró con su ejemplo vital fama de persona estudiosa, prudente, dedicado por completo al oficio de profesor, al margen de vanidades, conspiraciones o pugnas por el poder. Conocemos su obra gracias a discípulos empeñados en recuperar las lecciones que impartió, siempre de memoria, tras largas horas de estudio para enseñar mejor a sus alumnos. Todos ellos le admiraban, así que la respuesta a la pregunta planteada podría ser “por su buena reputación”, fruto de la coherencia en el razonamiento de ideas apropiadas y en la propuesta de soluciones inteligentes a problemas prácticos trascendentales.

Veinte años pasó en su Cátedra de Teología, ganada en dura concurrencia frente a un candidato local con muchos apoyos. Tenía las de perder, pero gracias a una excepcional vocación docente, cultivada durante su prolongada estancia en la Universidad de París – entonces la más importante de Europa –, se impuso contra todo pronóstico. Seguro que los lectores de estas páginas comprenden los sacrificios precisos para triunfar en oposiciones, procesos selectivos en los que compiten talentos intelectuales ejercitados en la retención de datos y en la comprensión de conceptos complejos. Detrás de todo éxito suele haber múltiples afanes, hasta alcanzar pleno reconocimiento.

Vitoria, sin aspirar a la notoriedad, asombró a sus coetáneos por sus extraordinarias dotes universitarias. Ya en 1526 se le consideraba un versado comentarista de Santo Tomás de Aquino, aunque nadie podía anticipar todavía el prestigio que mantendría durante cinco siglos, hasta nuestro tiempo. Fundador de la teoría de los derechos humanos, teórico del Derecho de gentes, padre del Derecho internacional, defensor del *ius communicationis* de los seres humanos, de la dignidad de la persona, de un concepto imperecedero de justicia universal.

Toda vez que se ha escrito tanto sobre sus *Relectios* en torno a la conquista de América, no insistiré aquí en esta faceta evidente, perspectiva parcial de un todo mucho más amplio digno de atención. Al fin y al cabo, la posición vitoriana sobre los derechos de los indios no es más que un ejemplo aplicado de su idea de Justicia, combinación de lecturas de Santo Tomás con suficiente sensibilidad empática hacia las necesidades de las personas, expresada en los textos sobre el homicidio, el poder civil, el matrimonio e incluso sobre la magia. De insigne tradición aristotélica, puro sentido común respiran sus cabales razonamientos.

Esta misma forma de pensar se encuentra también en su principal seguidor, Domingo de Soto. Francisco de Vitoria y Domingo de Soto fueron célebres en su tiempo porque predicaban y daban trigo. De hecho, en un momento de crisis de abastecimiento de grano, los estudiantes de Salamanca les pidieron ayuda ante el encarecimiento especulativo del precio del pan. Ni cortos ni perezosos, ambos dominicos viajaron a Toledo para traer cereal en carromatos.

Domingo de Soto también actuó como árbitro en la célebre “controversia de Valladolid”, el debate entre Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda sobre el dominio de los indígenas. Y a Vitoria le tocó dictaminar sobre cuestiones variadas (económicas, políticas, legales, matrimoniales) desde la amplia

concepción de la teología como ciencia madre de todas las demás. Siempre lo hizo apegado a su concepto de Justicia, el de Santo Tomás, con audaz sentido de equidad.

Parece milagroso que una persona de salud quebradiza, aquel modesto fraile que defendía tesis molestas para los poderosos, fuera capaz de inspirar al grupo de pensadores más influyentes de nuestra historia, persuadiera al emperador para cambiar las leyes americanas y fuera consultado sobre decisiones políticas, económicas, jurídicas y religiosas con proyecciones sobre medio mundo. Así pues, es preciso analizar el perfil humano de Vitoria para comprender por qué inspiró a toda la Escuela de Salamanca, los pioneros de la ciencia jurídica humanista y la economía contemporánea.

II. Un maestro decidido a hacer lo correcto.

Desde mi punto de vista como académico, Vitoria fue ante todo un profesor determinado a cumplir su misión magistral. Su primer gesto, nada más ocupar la Cátedra, fue cambiar el manual obligatorio porque lo consideraba obsoleto (era el libro de las *Sentencias*, de Pedro Lombardo). La decisión de sustituirlo por la *Suma Teológica* de Santo Tomás pudo costarle muy cara, pero benefició el aprendizaje de sus estudiantes al ser un texto más didáctico. Con el mismo propósito pedagógico vulneró la prohibición de dictar apuntes, pronunciando sus lecciones más despacio para que pudieran ser anotadas y mejor comprendidas al estudiarlas después. Siguió así la metodología profesoral parisina, innovadora para todavía medievales aulas hispanas.

Otra característica singular de Francisco de Vitoria es que contaba chistes y utilizaba anécdotas de la vida diaria para explicar la *Suma teológica* de Santo Tomás. Así lograba captar la atención de los jóvenes. Alrededor de mil estudiantes se acercaban hasta las escuelas mayores para escuchar sus clases y, cuando su enfermedad le impedía caminar, iban a buscarlo al convento de San Esteban para llevarlo en andas hasta la Universidad, pasando un riachuelo y subiendo una pronunciada cuesta.

¿Se imaginan algo así en nuestros días? Cuando el profesor falta, hay fiesta. Tal vez porque a los alumnos no les interesa mucho lo que les cuenta, justo lo contrario que pasaba con Vitoria. Los universitarios de su época sentían que el mensaje vitoriano era importante, sabían que les explicaba cómo resolver los conflictos teológicos de mayor alcance. Para ello ponía ejemplos reales sobre los asuntos de actualidad, ya fueren bodas reales o la conquista de América.

Y decía lo que pensaba, exponiendo su propia integridad con gran riesgo. Otros frailes habían sufrido procesos inquisitoriales antes de llegar él a Salamanca – el caso de Pedro de Osma, maestro de Antonio de Nebrija – y años después seguiría ocurriendo lo mismo – con Fray Luis de León, encarcelado y torturado en Valladolid. Así que no había bromas con la disidencia. Si a alguien poderoso le parecía mal una opinión, la polémica se saldaba con la vida o la libertad. La coherencia se pagaba muy cara.

Francisco de Vitoria era consciente del peligro y, sin embargo, ni siquiera se arredró ante la carta que el emperador Carlos V envió al Prior de San Esteban requiriendo el silencio de los monjes díscolos, sus seguidores. Al final las tesis de Vitoria sobre el respeto a la dignidad humana de los pobladores de América se impusieron, pero si fue así se debió a su coraje, la determinación de mantener hasta el final lo que

consideraba justo, lo correcto. Pocos se comportaban entonces o actúan en el presente con tal sentido del deber. Admirable.

III. Su idea de Justicia como virtud.

No es posible separar el pensamiento de Vitoria y sus discípulos de la *Suma Teológica*, obra magna de Santo Tomás de Aquino. Sus comentarios a la *Secunda Secundae* (Cuestiones 57-61) contienen pronunciamientos sobre asuntos de profundo interés para todo jurista. Así, por ejemplo, “si el derecho es objeto de la justicia”, “si el derecho se divide convenientemente en derecho natural y derecho positivo” o “si el derecho de gentes es lo mismo que el derecho natural”

Sus respuestas a estas cuestiones siguen la tradición de Aristóteles y Cicerón, las raíces de la cultura europea. Al definir la Justicia (Cuestión 58), analiza la definición clásica como “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”, que considera acertada, y también cree que la justicia siempre se plantea en una relación con otros.

Prefiero no entrecomillar en este texto los recomendables párrafos que dedica Vitoria al juicio y al juzgador. La edición y un buen estudio preliminar se encuentra en un libro publicado hace tiempo (Frayle Delgado, 2001). Algunas frases escritas hace cinco siglos resuenan todavía en los conflictos jurídicos contemporáneos.

Me importa, finalmente, subrayar, lo que podemos aprender de Francisco de Vitoria para nuestra labor cotidiana como profesores, juristas o jueces.

IV. La reputación de los jueces.

Pues bien, al comenzar este breve artículo decía que Francisco de Vitoria es recordado sobre todo gracias a su reputación, el aprecio de sus discípulos y el reconocimiento general de su coherencia en la defensa de los derechos de cada persona. Su idea de justicia como virtud de dar a cada uno lo suyo, llevada hasta las últimas consecuencias, dio lugar al Derecho de gentes, embrión del Derecho internacional para el orbe globalizado.

Como Catedrático de la Universidad de Salamanca, me siento muy orgulloso de esa historia, así que no escribo solo por el entretenimiento erudito de compartir anécdotas sobre un personaje histórico. Mi propósito es subrayar la importancia del carácter, la consistencia intelectual, la vocación y el sentido de justicia de una persona para convencer a los demás en las circunstancias más adversas. Francisco de Vitoria lo logró, así que pienso que podemos aprender de él.

Otros después también dejaron huella. El jurista más citado el siglo pasado es Richard Posner, un juez estadounidense conocido como fundador del análisis económico del Derecho, metodología empleada en sus

decisiones judiciales. También ha escrito numerosos libros y artículos sobre la labor del juzgador, la forma de pensar de los jueces y las circunstancias que influyen en su proceder.

Posner se interesó por las razones que explican la buena reputación de los jueces. A este asunto tan relevante dedicó su obra *Cardozo: A Study in Reputation* (1990), sobre la vida y obra judicial de uno de los magistrados más célebres en la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, un sucesor Oliver Wendell Holmes, antecesor de los actuales jueces que frenan las decisiones más arbitrarias del presidente Trump, juristas de la talla de Roberts o Gorsuch. Todavía hay jueces al otro lado del Atlántico, y a Richard Posner siempre le ha interesado explicar por qué toman buenas decisiones.

Pues bien, la lectura de la biografía de Cardozo presenta una caracterización psicológica similar a la de Francisco de Vitoria: ambos eran personas moderadas, empáticas, amables, introvertidas, dedicadas al estudio, con una vida austera y alejada de lo mundano. Uno y otro reflexionaban en profundidad sobre los temas que tenían que resolver, dedicaban mucho tiempo a preparar sus argumentos. Así convencían a sus interlocutores, gracias a la lógica razonada y el acierto de sus soluciones. Lo mismo que Francisco de Vitoria.

Bibliografía

Alonso Getino, Luis, *El Maestro Francisco de Vitoria*, 1930.

Belda Plans, J, *La Escuela de Salamanca*, BAC, 2000.

Beltrán de Heredia, *Francisco de Vitoria*, Labor, 1939.

Frayle Delgado, Luis “Estudio preliminar” a *Francisco de Vitoria, La Justicia*, Tecnos, 2001.

Fuertes Herreros, José Luis, “Una filosofía para el viejo y nuevo mundo en la Universidad de Salamanca (siglos XV-XVI)”, en Poncela González, Ángel (Ed.), *La Escuela de Salamanca. Filosofía y humanismo ante el mundo*. Moderno, 2015.

Posner, Richard, *Cardozo: A Study in Reputation*, University of Chicago Press, 1990.

Rivero Ortega, Ricardo, “Las raíces de Francisco de Vitoria: un universitario ejemplar”, en *Filosofía del Derecho y humanismo renacentista en el siglo de oro*, Dykinson, 2026.

LA REGULACIÓN URBANÍSTICA DEL SUBSUELO

(URBAN PLANNING REGULATION OF THE SUBSOIL)

María de los Desamparados Iruela Jiménez. Magistrada Titular de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Fecha del trabajo: agosto de 2026.

SUMARIO

I.- Introducción

II.- Contenido urbanístico del derecho de propiedad del subsuelo

III.- La regulación del subsuelo en la normativa urbanística

IV.- Usos pormenorizados y aprovechamientos permitidos en el subsuelo

V.- Los complejos inmobiliarios urbanísticos

Cinco palabras clave

Subsuelo; urbanismo; legislación; planeamiento; usos.

Subsoil; urbanism; legislation; planning; uses.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico del subsuelo partiendo de las disposiciones de la legislación estatal de suelo y de las distintas normativas urbanísticas autonómicas, así como de los instrumentos de planeamiento.

Sigo el esquema marcado por la clásica distinción entre instrumentos urbanísticos de planeamiento, de gestión y de disciplina urbanística, y expongo unos contenidos generales sobre la materia referidos al subsuelo, tanto situado bajo suelo no urbanizable como bajo suelo urbano, y hago referencia, además, a determinadas particularidades contempladas en algunas legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas.

Trato también los usos y aprovechamientos edificables más comunes permitidos en el subsuelo, diferenciando de nuevo entre usos y aprovechamientos en el subsuelo bajo suelo no urbanizable y bajo suelo urbano.

Por último, hago una breve referencia, por su incidencia en el subsuelo de las ciudades, a los complejos inmobiliarios urbanísticos.

(English versión)

This paper aims to analyze the legal framework governing the subsoil, drawing on the provisions of state land legislation and various regional urban planning regulations, as well as planning instruments.

I follow the established framework of the classic distinction between urban planning, management, and enforcement instruments, and present general information on the subject related to the subsoil, both beneath non-developable land and urban land. I also refer to certain specific provisions included in some regional urban planning legislation.

I also address the most common permitted uses and development rights in the subsoil, again differentiating between uses and development rights in the subsoil beneath non-developable land and those beneath urban land.

Finally, I briefly mention urban real estate developments, given their impact on the subsoil of cities.

LA REGULACIÓN URBANÍSTICA DEL SUBSUELO

I.- INTRODUCCIÓN

La regulación del subsuelo (el terreno que se encuentra por debajo de la superficie del suelo) y, en particular, de su régimen urbanístico, tiene en la actualidad una transcendencia que desborda el plano estrictamente jurídico, por los importantes y crecientes efectos económicos y sociales que el subsuelo comporta.

Así, en relación con los efectos económicos, ha de repararse en que en el subsuelo se ubican grandes infraestructuras: canalizaciones subterráneas de redes de abastecimiento (agua, gas), redes de saneamiento (evacuación), redes de comunicaciones (viales), y redes de transporte (líneas de ferrocarril), entre otras. Por otra parte, las modernas técnicas arquitectónicas, de ingeniería y de geotecnia (muros-pantalla, pilotajes especiales, etc.), posibilitan la ejecución en el subsuelo de ingentes edificaciones (p. ej. galerías comerciales con numerosas plantas bajo rasante, o grandes aparcamientos subterráneos). Estas técnicas han abierto enormes posibilidades al “urbanismo subterráneo”. De ahí que el subsuelo sea objeto de tráfico jurídico separado del suelo y el vuelo, siendo de destacar la relevancia que está adquiriendo el mercado del subsuelo, especialmente en las ciudades.

Y, en cuanto a los efectos sociales anudados a la regulación urbanística del subsuelo, basta considerar la compatibilidad de usos del suelo urbano y del subsuelo ubicado debajo, y la cohesión social que ello produce, particularmente en la ciudad consolidada (p. ej., aparcamientos o usos comerciales subterráneos y edificios residenciales en la superficie). La utilización del suelo con el subsuelo en los mismos edificios o en las mismas zonas urbanas potencia la mezcla de usos propia del modelo de ‘ciudad compacta mediterránea’. En este sentido, ha de subrayarse que el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, enumera en su art. 3.3.g), entre los principios de desarrollo territorial y urbano sostenible, que los poderes públicos “integrarán en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos de la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social”.

Esa creciente importancia del subsuelo ha llevado actualmente tanto a las leyes urbanísticas como a los planeamientos municipales a ocuparse cada vez más específicamente de su regulación, llenando el vacío normativo existente hasta fechas recientes.

II.- CONTENIDO URBANÍSTICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUBSUELO

Para abordar esta cuestión, hay que partir del art. 350 del Código Civil, que define el alcance del dominio privado del propietario de un terreno en los siguientes términos: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía».

La doctrina civilista se ha ocupado ampliamente de interpretar ese precepto legal, y también los administrativistas (Tomás Ramón Fernández, entre otros autores destacados) [1]. En particular, los autores han analizado si el precepto impone límites a la extensión vertical del dominio sobre el suelo de titularidad privada, y cómo puede conjugarse dicho precepto del Código Civil con el carácter estatutario del derecho de propiedad sobre el suelo y el subsuelo derivado de su función social (art. 33.2 de la Constitución Española).

Acerca de esa segunda cuestión, la doctrina señala de manera prácticamente unánime que la mención que el art. 350 del Código Civil efectúa a los reglamentos de policía ha de entenderse referida hoy al ordenamiento jurídico urbanístico, por lo que el contenido y facultades del dominio del subsuelo derivarían de la legislación urbanística y sectorial y, de conformidad con ella, de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Y, en cuanto a la extensión vertical hacia abajo del suelo de propiedad privada, la doctrina, superando la clásica distinción entre suelo profundo o remoto y subsuelo próximo o inmediato, entiende ahora que la extensión en profundidad de la propiedad del suelo se delimita en función del interés práctico del titular: para las personas propietarias, el subsuelo carece de interés a una profundidad en la que ya no les sea posible llevar a cabo su explotación. Si bien, como especifica Rafael Verdura Server [2], el principal factor que se ha de tomar en consideración como manifestación de ese interés es el uso actual y potencial que el propietario pueda llevar a cabo “de conformidad con el ordenamiento aplicable”. Este enfoque, agrega el profesor Verdura, supone un cambio de perspectiva: más que un problema de extensión del objeto del derecho de propiedad sobre el subsuelo, se pone el acento en su contenido, en el ejercicio de las facultades que comporta ese derecho.

La actual legislación estatal de suelo, constituida por el antecitado RDL 7/2015, regula en su art. 12 el contenido del derecho de propiedad del suelo, y tras enunciar en su apartado 1 las facultades de ese derecho, dispone en su apartado 2 que «Las facultades del propietario alcanzan al suelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público».

El alcance de la extensión del subsuelo y de las facultades de su propietario establecidas en el art. 12.1 del RDL 7/2015 queda pues delimitado por los instrumentos de ordenación urbanística, que, ateniéndose a las leyes aplicables, asignan al suelo y al vuelo y, en lo que ahora importa, al subsuelo, usos y aprovechamientos urbanísticos.

Ahora bien, el art. 12.2 del repetido RDL 7/2015 deja sin resolver aquellos casos en que un concreto planeamiento urbanístico guarda silencio, o adolece de falta de claridad, sobre la asignación de usos y aprovechamientos urbanísticos al suelo y subsuelo. Surgen entonces dudas acerca de si, p. ej., está permitido en un subsuelo un determinado uso (aparcamiento, uso comercial, etc.), suscitándose discrepancias que, en muchos casos habrán, de ser resueltas por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Otras precisiones que considero conveniente destacar acerca del contenido urbanístico del derecho de propiedad del subsuelo son las siguientes:

—el planeamiento urbanístico, a la hora de asignar usos urbanísticos al subsuelo, no queda vinculado por las determinaciones sobre los usos previstos para el suelo bajo el que se ubica dicho subsuelo: puede establecer un régimen de usos diferente para ambos, aunque, lógicamente, habrá de tratarse de usos compatibles entre sí.

—la titularidad del suelo y del subsuelo (que puede ser tanto privada como pública), sobre todo en el caso de subsuelo transformado, puede no coincidir en una misma persona propietaria, por cuanto, tal como antes he apuntado, el subsuelo puede ser objeto de tráfico jurídico (el art. 12.1 del RDL 7/2015, precitado, recoge expresamente la facultad de disposición del subsuelo). Por poner un ejemplo, un suelo urbano de uso residencial puede pertenecer a una persona, y el subsuelo que está debajo, destinado a aparcamiento, a otra. En algún caso, la ley presume que la persona titular del suelo lo es también del subsuelo: así, el art. 23.1 del mencionado RDL 7/2015, entiende, a efectos de las operaciones de distribución de beneficios y cargas (p. ej., una reparcelación), que, salvo acreditación en contrario, «el titular del suelo de que se trata aporta, tanto la superficie de su rasante, como la del subsuelo, o vuelo que de él se segrega».

—y, por último, ¿cómo ha de calificarse el subsuelo al que no alcanza la regulación urbanística? (art. 12.2, antecitado). ¿Es subsuelo público o privado? Luis María Díez Picazo [3] entiende que, en tal caso, el dominio privado pasa a ser subsidiario y a prevalecer el dominio público. Alguna legislación urbanística autonómica, como la castellano-manchega, contiene una presunción de demanialidad de ese suelo profundo obviado por la ordenación urbanística: el Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, de Castilla-La Mancha, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, indica en su Disposición preliminar —“El significado y alcance de los conceptos urbanísticos básicos utilizados en la Ley”— que «Cuando la ordenación territorial y urbanística no atribuya aprovechamiento urbanístico al subsuelo, éste se presume público».

Cabe cuestionarse la constitucionalidad de esa previsión legal autonómica, entre otros motivos porque de la STC, Pleno, 227/1988, de 29 de noviembre, se desprende que sólo el Estado puede demanializar por ley categorías de bienes.

Por otra parte, la consideración demanial del referido subsuelo plantea otros problemas: p. ej., si una operadora de telecomunicación quiere llevar a cabo en él un despliegue de redes, ¿a qué administración pública ha de solicitar la correspondiente autorización administrativa habilitante?

III.- LA REGULACIÓN DEL SUBSUELO EN LA NORMATIVA URBANÍSTICA

Lo primero que ha de ponerse de relieve es que regulación de la materia urbanística es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Ha de estarse, por tanto, a lo que dispongan las normativas urbanísticas autonómicas. Así lo declaró su día el Tribunal Constitucional en la conocida STC, Pleno, 61/1997, de 20 de marzo.

A tenor de dicha STC 61/1997, el legislador estatal carece constitucionalmente de competencias en materia de urbanismo y de ordenación del territorio en sentido propio, y solo puede regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional, así como regular otras materias que inciden en el urbanismo como son la expropiación forzosa, las valoraciones, la responsabilidad de las Administraciones públicas o el procedimiento administrativo común.

Pues bien, de conformidad con la legislación urbanística autonómica correspondiente, los órganos de las comunidades autónomas con competencias en materia de urbanismo y los municipios ejercen las potestades de planeamiento, gestión y disciplina urbanística.

Por tanto, para tratar en este trabajo el régimen urbanístico del subsuelo seguiré la clásica distinción entre instrumentos urbanísticos de planeamiento, de gestión y de disciplina urbanística. Voy a exponer unos contenidos generales sobre la materia y me referiré, además, a determinadas particularidades contempladas en algunas legislaciones autonómicas, todo ello enfocado, claro está, al subsuelo.

1.- en primer lugar, los instrumentos de planeamiento de ámbito municipal (que ostentan carácter de disposición general) son los que, en el nivel de ordenación pormenorizada (detallada), asignan al subsuelo usos concretos y aprovechamientos edificables, y contienen las normas urbanísticas u ordenanzas relativas a las construcciones e instalaciones bajo rasante.

Los planes de urbanismo fijan esos parámetros de ordenación urbanística del subsuelo no de forma caprichosa, sino de conformidad con las determinaciones de las legislaciones urbanísticas autonómicas, así como de las normativas sectoriales tanto de las comunidades autónomas como estatales. Como ejemplo, según la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (art. 49.8), los operadores deberán hacer uso de las canalizaciones subterráneas o en el interior de las edificaciones que permitan la instalación y explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, y únicamente en los casos en que no existan dichas canalizaciones o no sea posible o razonable su uso por razones técnicas podrán aquéllos

efectuar despliegues aéreos siguiendo los previamente existentes. En consecuencia, los planes de urbanismo tienen que prever y regular la instalación en el subsuelo del municipio de redes de telecomunicación.

2.- en segundo lugar, en relación con el control de la legalidad urbanística en el subsuelo, me interesa aquí aludir solo a los instrumentos habilitantes para el efectivo ejercicio en el mismo por las personas particulares de esos usos pormenorizados, aprovechamientos y construcciones o instalaciones previstos en el planeamiento.

Los títulos habilitantes de naturaleza urbanística contemplados en todas las legislaciones urbanísticas autonómicas para el uso, transformación y edificación del subsuelo son, como para el suelo, además de las tradicionales licencias, las declaraciones responsables y comunicaciones previas.

Cabe recordar que la licencia urbanística es un acto reglado de competencia exclusiva de los Ayuntamientos que tiene por objeto autorizar a cualquier persona para realizar un acto de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o el subsuelo que se adecúe a la normativa y planeamiento urbanístico aplicables. Y la declaración responsable (art. 69 de la Ley 39/2015) es el documento suscrito y presentado por una persona interesada ante la administración competente en materia de urbanismo en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Las declaraciones responsables y las comunicaciones permiten el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación ante la administración, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las administraciones públicas.

Las licencias urbanísticas y las declaraciones responsables tienen diferente naturaleza y efectos jurídicos: las licencias comportan un control administrativo ex ante, y las declaraciones responsables un control ex post de una determinada actuación urbanística.

Para determinar en qué supuestos los actos de uso, transformación y edificación del subsuelo requieren licencia urbanística y en cuáles basta la presentación de una declaración responsable por las personas interesadas, hay que estar a lo que disponga la legislación urbanística aplicable al caso, y, a tenor de ella, el correspondiente planeamiento urbanístico.

Como norma general, en todas las legislaciones urbanísticas autonómicas las obras de nueva planta en el subsuelo (p. ej., la construcción de un parking subterráneo) necesitan la obtención de licencia, y para las obras de mera reforma es suficiente la formulación de declaración responsable.

Voy a exponer seguidamente, a título ejemplificativo, algunas particularidades autonómicas al respecto:

—la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, del País Vasco, sujeta a la obtención de licencia (art. 207.1.p) todas las instalaciones que se ubiquen o afecten al subsuelo. No obstante, el art. 207.5 matiza que «Las ordenanzas municipales podrán sustituir la necesidad de obtención de licencias por una comunicación previa, por escrito, del interesado al ayuntamiento, cuando se trate de la ejecución de obras de escasa entidad técnica para las cuales no sea necesaria la presentación de proyecto técnico, o para el ejercicio de actividades no clasificadas, y para aquellas otras actuaciones que prevean las propias ordenanzas».

—la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, contempla la necesidad de obtención de licencia urbanística para los actos de edificación y uso del subsuelo que precisen de proyecto.

—la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Illes Balears, exige en su art. 146.1.o) licencia para las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamiento, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o de cualquier otro uso a que se destine el subsuelo, salvo que se trate de obras de técnica sencilla y entidad constructiva escasa u obras de edificación que no necesiten proyecto (art. 148.1), en cuyo caso es suficiente el régimen de comunicación previa.

—y la Ley 4/2013, de 23 de mayo, por la que se modifica la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, contiene una curiosa norma: tras enumerar el art. 230.2 los actos de transformación, construcción, edificación y uso del subsuelo que están sujetos a licencia, el párrafo 3 del precepto añade que «En todo caso, también puede solicitarse voluntariamente licencia para los actos de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o el subsuelo no enumerados en el párrafo anterior cuando así lo estimen conveniente los solicitantes por razones de seguridad jurídica o de otro tipo».

Expuesto lo anterior, estimo también de interés agregar lo siguiente: A) por un lado, la obtención de título urbanístico municipal habilitante para el uso, transformación y edificación del subsuelo no exime a las personas solicitantes de la obtención de las demás autorizaciones que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable; B) no todos los actos de transformación, construcción, edificación o uso del subsuelo requieren título urbanístico habilitante municipal; p. ej., en la Comunidad Valenciana, la realización de los movimientos de tierra profundos en suelo no urbanizable para la realización de labores agrícolas, como el desfonde, no lo necesita (art. 234.1.d/ del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, de aprobación del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje); C) los títulos urbanísticos habilitantes se obtienen por las personas particulares salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de terceros (así lo recoge el art. 238 del antecitado decreto legislativo valenciano 1/2021); y D) en las actuaciones urbanísticas promovidas por los municipios en su propio término municipal, el acuerdo municipal que los autorice o apruebe producirá los mismos efectos que la licencia urbanística (en este sentido cabe citar art. 160.e/ de la precitada Ley 9/2001, del Suelo, de la Comunidad de Madrid.)

3.- en tercer lugar, voy a referirme a las medidas legales tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística, para el caso de vulneración de la normativa sobre el régimen del subsuelo por las personas propietarias y demás responsables (instrumentos urbanísticos para la restauración de la legalidad urbanística en el subsuelo).

Son medidas adoptadas por la Administración para restaurar del orden urbanístico infringido y la realidad física alterada. La medida más común en relación con el subsuelo consiste en la demolición de lo ilegalmente ejecutado bajo rasante, o en la restitución del subsuelo a su estado anterior (p. ej., en caso de movimientos de tierras no autorizados, o que exceden de la autorización otorgada, la medida de restablecimiento de la legalidad consistiría en el relleno del subsuelo).

Hay que diferenciar, como cuando se trata del suelo, entre las actuaciones urbanísticas en el subsuelo que se encuentren en curso de ejecución, y las obras ya terminadas: solo en el primer supuesto cabe la suspensión o paralización cautelar inmediata por la Administración de las obras ilegales o el cese del uso que no se ajuste a la normativa o al planeamiento aplicables. Al adoptar la medida de suspensión, la Administración ha de efectuar a la persona infractora un requerimiento de legalización, que no siempre es necesario: en la legislación urbanística de la Comunidad Valenciana antecitada, si las obras realizadas ilegalmente son manifiestamente ilegalizables (p. ej., la construcción de garajes en el subsuelo de un edificio en el que el planeamiento solo permite trasteros), el Ayuntamiento acordará la demolición sin previo requerimiento de legalización.

La medida de suspensión o paralización cautelar por la Administración de obras o usos ilegales en el subsuelo puede estar prevista no solo en la normativa urbanística, sino también en las legislaciones sectoriales. La Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, tras declarar en su art. 60.6 que es ilícita toda actuación arqueológica o paleontológica que se realice sin la correspondiente autorización o sin sujeción a los términos de ésta, así como las obras de remoción de tierra, de demolición

o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de bienes arqueológicos o paleontológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la administración competente, añade seguidamente que «La conselleria competente en materia de cultura ordenará la paralización inmediata de la actuación o de la obra y se incautará de todos los objetos y bienes hallados».

4.- en último lugar, las legislaciones urbanísticas contienen el régimen sancionador (infracciones y sanciones) para determinados supuestos de incumplimiento de las normas de planeamiento urbanístico expresamente referidas al subsuelo. Es el caso del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que tipifica como infracción grave «La edificación de sótanos, semisótanos (...), cualquiera que sea el uso a que se dedicaren, no permitidos por el plan» (art. 215.6).

IV.- USOS PORMENORIZADOS Y APROVECHAMIENTOS PERMITIDOS EN EL SUBSUELO

Paso a exponer ahora los usos y aprovechamientos edificables más comunes permitidos en el subsuelo por las legislaciones urbanísticas y los planes de urbanismo. A tal fin, voy a diferenciar entre usos y aprovechamientos en el subsuelo situado bajo suelo no urbanizable y en el ubicado bajo suelo urbano.

A) Subsuelo bajo suelo no urbanizable:

1.- como criterio general, la autorización de edificaciones en ese subsuelo tiene carácter excepcional, y no suele estar permitida si el suelo de la superficie está calificado en el planeamiento como no urbanizable de especial protección.

Las edificaciones o instalaciones permitidas excepcionalmente en este subsuelo son normalmente accesorias del uso sobre rasante, y están vinculadas a ese uso, estableciéndose así una relación entre el suelo y su subsuelo. Entre tales edificaciones e instalaciones accesorias cabe citar: las necesarias para la actividad agropecuaria y forestal y sus actividades complementarias (instalación en el subsuelo de depósitos o tanques de materiales utilizados en las explotaciones agrarias para el almacenamiento de productos o líquidos inherentes a la propia actividad agrícola); las instalaciones en el subsuelo relacionadas con la actividad de producción de biogás y biomasa, que precisan de infraestructuras de evacuación a ubicar en el subsuelo; y las instalaciones subterráneas de almacenamiento energético (stand-alone) relativas a la generación de energía renovable. Suelen necesitar título urbanístico habilitante y, además, la correspondiente autorización sectorial.

2.- los usos más habituales permitidos en el subsuelo situado bajo suelo no urbanizable son los referidos a infraestructuras (canalizaciones de redes de servicios, y obras públicas en el subsuelo promovidas por las Administraciones territoriales y ejecutadas por éstas directamente o, bajo su control, mediante sus concesionarios o agentes).

3.- y el tercer uso es el relativo a la explotación de canteras, extracción de áridos y de tierras, y explotación de recursos geológicos, mineros o hidrológicos, todas ellas sujetas a las autorizaciones previstas en la normativa sectorial. Las legislaciones urbanísticas no exigen normalmente licencia urbanística si la explotación no comporta la transformación de la naturaleza rústica del suelo.

B) Subsuelo bajo suelo urbano:

Los usos, aprovechamientos urbanísticos y construcciones en ese subsuelo tienen que estar previstos en el planeamiento, si bien en algunos casos es la propia ley la que directamente los autoriza. Así, el art. 24 del RDL 7/2015 —“Reglas específicas de las actuaciones sobre el medio urbano”— dispone en su apartado 4 que «Será posible ocupar las superficies de espacios libres o de dominio público que resulten

indispensables para la instalación de ascensores u otros elementos que garanticen la accesibilidad universal, así como las superficies comunes de uso privativo, tales como vestíbulos, descansillos, sobrecubiertas, voladizos y soportales, tanto si se ubican en el suelo, como en el subsuelo o en el vuelo, cuando no resulte viable, técnica o económicamente, ninguna otra solución y siempre que quede asegurada la funcionalidad de los espacios libres, dotaciones y demás elementos del dominio público».

Distinguiré entre usos edificables y usos de infraestructura.

1.- Usos edificables:

Los más comunes bajo rasante son los siguientes usos terciarios, localizados en planta sótano o semisótano: usos comerciales (galerías comerciales); usos recreativos (p. ej., salas de cine); uso de almacén; o uso de aparcamiento público.

La ocupación del espacio físico por las personas usuarias deberá ser por tiempo acotado y nunca permanente. Su correcta ventilación e iluminación deberán estar garantizadas, bien mediante elementos constructivos conectados al exterior, bien mediante medios mecánicos, y su accesibilidad, tanto de entrada como de salida, habrá de cumplir los requisitos mínimos necesarios para garantizar, sobre todo, su evacuación sin riesgos de congestión o de bloqueo.

Los usos residenciales en sótanos no están admitidos en ningún caso, por entender la ley y los planes que las condiciones básicas de habitabilidad que requieren las viviendas, en concreto la accesibilidad, la ventilación y la iluminación directas provenientes del exterior, no se satisfacen en espacios subterráneos cerrados. Sí están permitidos en plantas sótano los usos complementarios del residencial, como garajes particulares o trasteros.

En plantas semisótano sí puede permitirse el uso residencial, debiendo reunir las exigencias normativas de habitabilidad y accesibilidad, entre otras. La Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, prohíbe sin embargo expresamente a los planeamientos contemplar ese uso no solo en sótanos sino también en semisótanos, ello con el fin de procurar la mejora de la calidad urbana. Cabe plantearse si en lugar de esa prohibición ex lege de forma generalizada referida a los semisótanos no resultaría más procedente que la ley dejara que fueran los distintos planificadores municipales quienes, atendiendo casuísticamente a las diversas zonas y circunstancias de cada municipio, adoptaran al respecto la decisión más adecuada. Ha de tenerse en cuenta, por añadidura, que en edificios residenciales situados sobre terrenos en pendiente pronunciada únicamente algunas estancias pueden encontrarse en planta semisótano.

Entiendo conveniente aclarar la diferencia entre planta sótano y semisótano: la primera es aquella cuyo forjado de techo está en todos sus puntos por debajo de la rasante de la acera o del terreno ubicado en contacto con la edificación, y la segunda, aquella cuyo forjado de techo se encuentra por encima de la rasante de la acera o terreno circundante y su forjado de piso se halla, con respecto a la rasante, a una distancia de profundidad fijada en cada caso por el planeamiento aplicable.

Enlazando con lo anterior, dejo apuntadas las dificultades técnico-jurídicas que plantea en numerosos supuestos la fijación de la rasante (sobre todo en los casos en que previamente ha sido ya modificada, o en suelos en pendiente), determinación que en ocasiones puede resultar esencial para el otorgamiento de licencias de urbanismo, así como para valorar el cumplimiento por las construcciones, tanto en el suelo como en el subsuelo (garajes, p. ej.), de los parámetros urbanísticos relativos a edificabilidad, altura o volumen edificatorio.

Cabe señalar, por otra parte, que los usos admitidos en el subsuelo urbano pueden ser no solo complementarios del uso permitido en la superficie, según antes he indicado, sino también independientes y diferenciados del uso sobre rasante (p. ej., uso residencial en la superficie y uso comercial en planta

sótano), si bien en todo caso habrá de tratarse de usos compatibles, cuestión ésta que, en casos de ausencia de normas claras en el plan de urbanismo correspondiente, ha dado lugar a pronunciamientos jurisdiccionales. Dejo citada aquí la STS, 3ª, Sección 7ª, de 6 de octubre de 2003 —recurso de casación número 1221/1998—, [4], recaída en un supuesto de construcción de un aparcamiento en el subsuelo de un terreno calificado por el plan general de Barcelona como de uso de jardín público, sin que ningún instrumento de planeamiento contemplase la ubicación en dicho subsuelo de un espacio destinado a ese uso. El Tribunal Supremo consideró que esta circunstancia no impedía al Ayuntamiento acordar la construcción del aparcamiento subterráneo, por cuanto, dada la amplia definición de compatibilidad de usos en el plan general, el uso de aparcamiento era “compatible con la calificación urbanística de la superficie del suelo como jardín urbano”, ya que “la lógica impone entender que un aparcamiento subterráneo no impide ni menoscaba el uso del jardín público existente sobre él, siendo en cambio estos aparcamientos especialmente necesarios en las grandes ciudades”.

Reseño también la sentencia de 5 de julio de 2018 de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, del TSJ de Murcia —recurso de apelación número 106/2018— [5], dictada en un caso relativo a la denegación por el Ayuntamiento de Murcia de una licencia de obras para la construcción de un aparcamiento de 452 plazas en 5 plantas subterráneas + 1 bajo una parcela de suelo urbano sita en una zona para la que el plan general del municipio preveía como uso de equipamiento docente-guardería. La sentencia declaró ajustada a derecho la denegación de la licencia, al no poder entenderse ese uso de aparcamiento como uso complementario del uso dominante, por cuanto los usos complementarios “se han de ajustar a unos criterios de proporcionalidad respecto del uso dominante”, y las desproporcionadas dimensiones del aparcamiento “respecto del uso y actividad característico y principal de guardería, único posible según el planeamiento, no permiten considerarlo uso complementario, sino que pasa a constituir el uso principal mediante una sustitución por ampliación de aquél, lo que requeriría cumplir el procedimiento que la normativa vigente exige: la tramitación y aprobación de un Plan Especial”.

En otro orden de cosas, en lo relativo al cómputo de la edificabilidad de los usos edificables complementarios permitidos bajo rasante en suelo urbano, la normativa urbanística y los planes disponen a menudo que esos usos complementarios no consumen edificabilidad, o que consumen sólo al 50%, o que no la consumen algunos usos (trasteros) y sí otros (garajes). Y, por otro lado, en el caso de los edificios comerciales con plantas sobre y bajo rasante, Gerardo Roger Fernández Fernández [6] sostiene que la localización de las plantas sobre la rasante o en el sótano debería resultar indiferente a los efectos de la consideración del aprovechamiento urbanístico atribuido, y así lo tendrían que establecer las normas urbanísticas y las ordenanzas de edificación de los planes, por ser para los centros comerciales la rentabilidad económica de la implantación en subterráneo de un uso análoga a la que ese mismo uso pudiera generar ubicado sobre rasante, ya que el usuario no encuentra diferencia entre niveles.

Para terminar la exposición de este bloque referido a usos edificables bajo rasante, voy a hacer una sucinta mención a las casas-cueva, muchas de ellas situadas, en todo o en parte, en subterráneo. Son cuevas, naturales o excavadas de forma artificial en el terreno, destinadas al uso residencial. Hablar de casas-cueva conduce razonablemente a considerar que se trata de infraviviendas, según la definición ofrecida por el art. 2 del RDL 7/2015, que entiende por infravivienda la edificación, o parte de ella, destinada a vivienda, que no reúna las condiciones mínimas exigidas de conformidad con la legislación aplicable, en particular que no cumpla los requisitos mínimos de seguridad, accesibilidad universal y habitabilidad exigibles a la edificación. No obstante, en la actualidad la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA), regula las casas-cueva como una tipología de vivienda tradicional con arraigo en determinadas provincias andaluzas, especialmente en Almería y en numerosos municipios de la provincia de Granada, en ámbitos tradicionales de casa-cueva. El reglamento de esa ley, aprobado por Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, regula las condiciones mínimas de seguridad y salubridad de las viviendas-cueva en sus ámbitos tradicionales, que denomina “ámbitos troglodíticos”.

2.- Usos de infraestructura en el subsuelo bajo suelo urbano:

Son muy numerosos (p. ej., redes municipales de servicios urbanísticos —agua, gas —, redes de evacuación de aguas, o redes de transporte —metro —). Pueden implantarse tanto en el subsuelo de carácter público como de titularidad privada, en este segundo caso con el surgimiento a favor de la propiedad del derecho a percibir indemnización si se ejecutan en suelos con aprovechamiento urbanístico materializado [7], pudiendo también dar lugar al establecimiento de servidumbres impuestas por la legislación sectorial, o incluso a expedientes expropiatorios. Por ello, y con la finalidad, además, de no generar afecciones físicas a las edificaciones sobre rasante, en el subsuelo de la ciudad consolidada las grandes infraestructuras públicas suelen localizarse a gran profundidad bajo la rasante.

V.- LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS URBANÍSTICOS

Voy a acabar esta exposición haciendo una breve referencia a los complejos inmobiliarios urbanísticos, por su incidencia en el subsuelo de las ciudades, siguiendo de nuevo en ese punto a Gerardo Roger Fernández Fernández [8].

Tradicionalmente, en una parcela privativa sólo se podían ubicar, sobre y bajo rasante, usos privativos, mientras que en parcelas de uso y dominio público únicamente podían localizarse usos demaniales y, excepcionalmente, usos privativos en régimen de concesión temporal (p. ej., aparcamientos públicos).

Sin embargo, a partir de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, el legislador estatal ha regulado la figura de los complejos inmobiliarios de carácter urbanístico, como eficaces instrumentos de planeamiento y gestión urbana que permiten disponer usos de dominio público (demaniales) con usos de dominio privado (patrimoniales) en superficies superpuestas de una misma parcela edificable, posibilitando la coexistencia singular y excepcional de ambos tipos de uso, con los efectos de potenciación en las ciudades de la mixtura de usos ya aludida.

Así, el art. 26.5 del vigente RDL 7/2015 establece lo siguiente:

«Cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público se constituirá un complejo inmobiliario de carácter urbanístico en el que aquéllas y ésta tendrán el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público. Tales fincas podrán estar constituidas, tanto por edificaciones ya realizadas, como por suelos no edificadas, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación».

Sin detenerme más en esa regulación legal, me limitaré a aquí a subrayar que la constitución de un complejo inmobiliario urbanístico —que no cabe confundir con el complejo inmobiliario privado previsto en el art. 26.3 de dicho RDL 7/2015—, requiere que los usos proyectados sean compatibles socialmente (debiendo los usos privados respetar el interés general que representan los usos de dominio público), y compatibles arquitectónicamente (cumpliéndose que las instalaciones técnicas y estructurales de ambos usos coexistan de manera correcta), y que, en su caso, se satisfagan por la propiedad de la edificación o uso privado las cargas y deberes legales exigibles. Las fincas resultantes son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

CITAS Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES:

[1]. Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. “La propiedad urbanística del suelo, vuelo y subsuelo”.

[2]. Verdera Server, Rafael. Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de València. “La propiedad del subsuelo y la admisibilidad de derechos reales sobre el mismo”. Curso CGPJ: Régimen Jurídico del Subsuelo. Abril de 2025.

[3]. Díez-Picazo, Luis María. “Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los ius in re aliena”.

[4]. STS, Contencioso sección 7 del 06 de octubre de 2003 (ROJ: STS 6057/2003 - ECLI: ES:TS:2003:6057).

[5]. STSJ, Contencioso sección 2 del 05 de julio de 2018 (ROJ: STSJ MU 1496/2018 - ECLI: ES:TSJMU:2018:1496).

[6]. Fernández Fernández, Gerardo Roger. Arquitecto y Urbanista. “Atribución de usos y edificabilidades urbanas en el subsuelo de las edificaciones. Consideraciones relativas a los subsuelos de dominio público y privado”. Curso CGPJ: Régimen Jurídico del Subsuelo. Abril de 2025.

[7]. Pareja Lozano, Carles, y Segura López, Gema: “El régimen jurídico del subsuelo y la implantación de estructuras ferroviarias”.

[8]. Fernández Fernández, Gerardo Roger. Arquitecto y Urbanista. “Atribución de usos y edificabilidades urbanas en el subsuelo de las edificaciones. Consideraciones relativas a los subsuelos de dominio público y privado”. Curso CGPJ: Régimen Jurídico del Subsuelo. Abril de 2025.

TEMAS ACTUALES DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA

MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

RESUMEN: La creación de holdings y la existencia de motivo económico válido. Requisitos necesarios de concurrencia. Fusiones inversas y apalancadas. Cuestiones no resueltas con un panorama incierto. La interpretación extensiva y la analogía: un debate pendiente. La expansión de la figura del beneficiario efectivo. Los CDI: su interpretación y su relación con el Derecho Interno y de la UE.

INDICE.

I.INTRODUCCIÓN

II.EL DESARROLLO DE LAS HOLDINGS. SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

III. NUEVAS PERSPECTIVAS PARA DISTINTAS CLASES DE FUSIONES.

A)Las fusiones apalancadas

B) El futuro de las fusiones inversas.

IV. LA EXTENSIÓN DE LA FIGURA DEL BENEFICIARIO EFECTIVO

V. LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN Y LAS NORMAS ANTIABUSO.

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Tributario Internacional presenta una enorme trascendencia económica. La canalización de las inversiones, el respeto a la libre circulación de capitales y la lucha contra la elusión y evasión fiscal son cuestiones que atañen a los agentes del mercado, a los Gobiernos, a las Instituciones de la Unión Europea y a la OCDE, y sobre todo, a los Tribunales de Justicia, en concreto a los de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Recientemente, se han producido pronunciamientos muy relevantes del Tribunal Supremo (Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), pero también de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia. Estos pronunciamientos deben traerse a colación, no solo por su trascendencia económica, sino por alcanzar a cuestiones de Dogmática Jurídica Tributaria -clásicas, en no pocas veces- y muy relevantes en la interpretación y aplicación del Derecho Tributario, de modo que, en algunas ocasiones puede decirse que han supuesto una marcha atrás para lo que supone el avance y consolidación del Derecho Tributario.

Estudiaremos, así, cuestiones tan relevantes como el alcance y naturaleza del principio de beneficiario efectivo, la consolidación de la aplicación de la creación de los holdings como medio de elusión fiscal en la mayoría de los casos. También hablaremos del futuro incierto de las fusiones más complejas, como son las inversas y las apalancadas, y sin olvidar los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de interpretación de los Convenios de Doble imposición (CDI), que aclararán, por un lado, cuestiones relevantes sobre la interpretación de los mismos, pero a la vez abrirán

nuevas fuentes de controversia, y dejarán sin contenido sentencias anteriores del propio Tribunal Supremo sin expresamente decirlo, como la famosa de 23 de septiembre de 2020, caso Colgate, recurso 1996/2019.

Urge, por tanto, sin más dilaciones, entrar en el examen de tales cuestiones, sin olvidar las relevantes aportaciones doctrinales, con el espíritu y finalidad de proporcionar al operador jurídico soluciones fáciles y válidas, más allá de la incertidumbre que puede deparar el futuro a los efectos de determinar si se consolidarán o no esas nuevas líneas jurisprudenciales iniciadas.

II. EL DESARROLLO DE LAS HOLDINGS. SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

I.-La actualidad jurídica ha estado presidida por una tendencia a la creación de Holdings como medio para la división de patrimonios entre familiares, así como para por la creación de Holdings españolas cabeceras de filiales extranjeras, que, con la utilización de préstamos participativos han permitido ser utilizadas para la disminución de las bases imponibles. Respecto de las primeras ha de decirse que es un fenómeno que, como se ha dicho, tiene una gran una tendencia expansiva, sobre todo, como medio de reparto de patrimonios entre hermanos o familiares, eliminando las disputas y permitiendo, a su vez, la eliminación de controversias en la dirección de los grupos. Es el caso de la sentencia del TSJ de Valencia, Sección 3ª, de 2 de septiembre de 2024, recurso 454/2023, en la que, sin embargo, no se permitió dar plena eficacia a dicha reorganización producida. Sin embargo, vamos a hacer referencia al segundo fenómeno, que es el que atañe propiamente al Derecho Tributario Internacional, y es el que conlleva la creación de holdings que se convierten en cabeceras de grupos de filiales, en verdaderos subholdings, que a su vez dependen de una matriz situada fuera de España.

II.Cuando hablamos de grupos de empresa evidentemente estamos hablando de grupos económicos o grupos mercantiles, los cuales pueden ser verticales, horizontales, o circulares, aunque el término holding se situaría en el ámbito propiamente de los grupos verticales¹. Y ello como medio de distinguirlos de los denominados *grupos laborales o grupos patológicos*, que se trata de realidades bien distintas, como ha puesto de relieve la sentencia de la **Audiencia Nacional, Sección 2ª, de 25 de marzo de 2026 recurso 42/2021** cuando se refiere a la distinta naturaleza de unos y otros:

“No se duda tampoco que el art.16 del RDL 4/2004 considera como operaciones vinculadas las que se realizan entre empresas del grupo, definido por el art.42 Cco, siendo así que ello no tiene nada que ver con el concepto de grupo patológico laboral, a que se refiere el actor cuando hace mención a la sentencia procedente del ámbito laboral del Juzgado de lo Social nº9 de Barcelona en el procedimiento 750/2010, en un procedimiento de despido contra un colaborador de la administración judicial. Y es que el concepto de grupo mercantil a que se refiere el art.16 de dicha norma es diferente al de grupo patológico laboral a que se refiere la jurisdicción social, que exige identidad de patrimonio y plantillas, bastando para que haya grupo mercantil la existencia de una dirección unitaria. En este sentido STS de fecha 27.11.2025, recurso 66/25, Sala IV, cuando dice:

“SEXTO. La posición de la Sala.

La Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las circunstancias que pueden llevar a concluir que un grupo empresarial mercantil pueda ser considerado como un grupo laboral de empresas entre las cuales exista responsabilidad solidaria. La misma se concreta en la sentencia 656/2018, de 20 de junio de 2018 (Rec. 168/2017) reiteradas muchas otras entre las que cabe destacar la 246/2022, de 22 de marzo de 2022 (rcud. 1389/2020) y otras posteriores; en esta última se recuerda que

«Como recuerda la STS 4/5/2021, rec. 81/2019, "La doctrina de la Sala sobre el denominado grupo de empresas y el levantamiento de la personalidad jurídica ha sido recogida y sistematizada por la STS de 20 de junio de 2018, Rec. 168/2017 (En el mismo sentido STS de 11 de julio de 2018, 81/2017, entre otras),

¹ En este sentido, JIMENEZ SANCHEZ G., y DIAZ MORENO A., en la obra *“Lecciones de Derecho Mercantil”*, Ed.Tecnos, p. 469, 27ª edición, Madrid 2024, así como MENENDEZ A, Y ROJO A, *“Lecciones de Derecho Mercantil”*, Vol I, 22ª edición, p.782, Ed. Aranzadi-La Ley, Madrid, 2024, poniendo de relieve la unidad de dirección económica. Estos autores también distinguen entre grupos de hecho y jurídicos, dominicales, contractuales y personales.

recogiendo jurisprudencia anterior y tratando de aclarar los elementos terminológicos en juego y la fundamentación jurídica de las posibles condenas solidarias cuando aparecen elementos que configuran el grupo empresarial como el resultado de operaciones jurídicas y económicas tendentes a ofrecer apariencias que nada tienen que ver con la realidad, generalmente en perjuicio de los trabajadores.

Siguiendo, pues, la reseñada doctrina jurisprudencial, lo primero que hay que advertir es que la expresión "grupo patológico" ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de "empresa de grupo" o "empresa-grupo", que resultaría algo así como el género del que aquél -el grupo patológico- es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros (SSTS -pleno- de 20 de octubre de 2015, Rec. 172/2014; de 31 de octubre de 2017, Rec. 115/17 y de 10 de noviembre de 2017, Rcd. 3049/2915).

Desde la perspectiva laboral, el dato del que hay que partir es que el hecho de que varias empresas tengan vínculos entre sí no determina, directamente, ningún efecto; antes bien al contrario, en el caso de que varias empresas pertenezcan a un mismo grupo, hay que entender que cada una de ellas es independiente y, por tanto, cada una responde de las obligaciones con sus propios trabajadores pues no es suficiente que concorra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, porque los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son (SSTS de 21 de diciembre de 2000, Rcd. 1870/1999; de 26 de septiembre de 2001 y de 23 de enero de 2002, Rcd. 1759/2001 Rcd. 558/2001, entre otras). Tales elementos adicionales han sido, tradicionalmente, enumerados por nuestra jurisprudencia de la forma siguiente, que no puede entenderse como acumulativa: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa "aparente"; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

Tales elementos han sido precisados por la Sala de la forma siguiente:

a).- Funcionamiento unitario con confusión de plantillas.- En los supuestos de prestación de trabajo "indistinta" o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos, generalmente, ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores; situaciones integrables en el artículo 1.2 ET que califica como empresarios a las personas físicas y jurídicas y también a las comunidades de bienes" que reciban la prestación de servicios de los trabajadores.

b).- Confusión patrimonial.- Este elemento no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso; y ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que no pueda reconstruirse formalmente la separación.

c).- Unidad de caja.- Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios; hace referencia a lo que en la doctrina se ha calificado como "promiscuidad en la gestión económica" y que, al decir de la jurisprudencia, alude a la situación de permeabilidad operativa y contable, lo que no es identificable con las novedosas situaciones de "cash pooling" entre empresas del mismo Grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión

centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes.

d).- *Utilización fraudulenta de la personalidad.- Apunta a la creación de empresa aparente -concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de pantalla para aquélla.*

e).- *Uso abusivo de la dirección unitaria.- La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio -determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.*

La sentencia importa la doctrina de la Sala IV del TS para luego establecer la diferenciación de tratamiento jurídico:

Tras lo que finalmente concluimos que "En definitiva, el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad (así, SSTS de 20 de octubre de 2015, Rec. 172/14; de 30 de mayo de 2017, Rec. 283/2016; de 31 de octubre de 2017, Rec. 115/2017; de 8 de noviembre de 2017, Rec. 40 /2017 y de 10 de noviembre de 2017, Rjud. 3049/2015; entre otras)».

Este criterio también es reiterado en la sentencia 510/2023, de 12 de julio de 2023 (recurso 510/2023).

Llegados a este punto conviene añadir algunas reflexiones que realiza la sentencia 405/2024, de 28 de febrero de 2024 (rco. 12/2023). La citada sentencia tras señalar que en la sentencia recurrida es «la situación de abuso la que opera como causa nuclear para alcanzar la impugnada la concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales», y porque también la Sala a quo proyecta dicho abuso «de manera general sobre todas las franquiciadas que han despedido a alguno de sus trabajadores, además de a las empresas de cabecera»: Razona después que «como reiteradamente ha aseverado esta Sala, la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad apremiada; ese dato es inherente a la presencia de un grupo mercantil, pero no a la responsabilidad común por obligaciones de una o alguna de ellas».

El recurso debe ser desestimado.

En el mismo sentido sentencias de la Sala IV del TS de fecha 24.2.2026, recurso 3244/24, 22.3.2022, recurso 1379/20 o de 20.6.2018, recurso 1681/17.

Por consiguiente, a efectos del art.16 del RDL 4/2024, grupo mercantil y grupo laboral son conceptos diferentes, aunque pueda tener mayor afinidad en otros ámbitos, como el del art.43.1.h de la LGT 58/2003, en el ámbito de la recaudación...¹

III. Esta diferenciación tiene una gran trascendencia fiscal, porque el *Grupo económico o mercantil* se sitúa en el ámbito del 42 del Código de Comercio, mientras que *el grupo laboral* en el ámbito tributario tan solo podría tener trascendencia los efectos de determinar la responsabilidad subsidiaria, como es el

¹ En el mismo sentido MENENDEZ-ROJO, "Lecciones...", ob.cit, p.795.

supuesto del artículo 43.h de la Ley General Tributaria 58/2003, supuesto introducido por Ley 36/2006, de 29 de noviembre, con el que guarda mayor afinidad.

Lo cierto es que los grupos no tiene personalidad jurídica propia, y se crean con finalidades muy diversas, pero principalmente la de distribución del riesgo a nivel geográfico o sectorial¹.

Para terminar esta cuestión simplemente indicaremos que la existencia de grupo mercantil tiene relevancia a efectos fiscales de formas muy distintas, por ejemplo, y sin pretender ser exhaustivo, a los efectos de determinar el perímetro del grupo, y lo que constituye la valoración de su patrimonio neto, como es el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de marzo de 2024, recurso 845/2020, y de 11 de marzo de 2024, recurso 846/2020. También puede tener relevancia los efectos de determinar las actuaciones de la representante, la cual corresponde a la empresa dominante, así como su relación con las representadas, o el régimen de cuentas consolidadas, con las consiguientes eliminaciones y la contabilidad de coberturas, y, sobre todo, en el régimen de operaciones vinculadas que ha sido uno de los objetos de regularización tributaria de mayor aplicación para los grupos empresariales.

IV.- El examen pormenorizado de estas cuestiones podía exceder del ámbito de este trabajo; simplemente nos limitaremos a indicar lo que ha constituido propiamente la Jurisprudencia de los Tribunales, en el sentido de admitir que la validez fiscal de la creación de una estructura centralizada mediante holding ha sido generalmente regularizada por la vía del conflicto. La validez fiscal de este tipo de operaciones, precisa, no solamente una reestructuración fiscal, sino que al mismo tiempo ello se traduzca en una verdadera y real modificación de la estructura organizativa societaria, aportando un verdadero valor añadido. Es el caso de las sentencias de la Audiencia Nacional de fecha 20 de mayo de 2025, recurso 825/2020, o de 6 de octubre de 2025, recursos 662/2020, destacando la primera lo siguiente:

“Debemos examinar pues, si los negocios jurídicos celebrados por la recurrente constituyen o no un supuesto de conflicto en la aplicación de la ley. Los mismos han consistido en la creación de un holding en España, que adquiere de su socio único las filiales que ya formaban parte del grupo, para lo cual obtiene un préstamo participativo que financia la operación.

La existencia de un motivo económico válido en este tipo de operaciones es el objeto de este recurso. La exigencia de un motivo económico válido es un elemento vertebrador de la imposición de Sociedades. Y sobre dicho motivo ha reconocido la Jurisprudencia que se debe apreciar en cada caso, valorando las circunstancias concurrentes, anteriores, coetáneas y posteriores a este tipo de operaciones (STS de 14.5.2012, recurso 2144/2010, 18.6.2012, recurso 5352/2009, por todas).

Y sobre la carga de la prueba, admitiremos que se ha evolucionado de una jurisprudencia que ha valorado que la Administración Tributaria debe probar la existencia del fraude, o de presunción de fraude, y el obligado tributario la existencia de motivos económicos válidos (STS de 24.9.2012, recurso 1595/2009; 27.5.2013, recurso 1668/2011; 9.2.2015, recurso 1668/2011; interpretando esencialmente el art.11.1. de la Directiva 90/44/CEE), a una jurisprudencia posterior, iniciada a partir de 2016 - interpretando el régimen de diferimiento de la Directiva-, con las sentencias de 16.3.2016, recurso 1815/2004, y de 23.11.2016, recurso 3742/2015, que parten de la base de que dicha carga de la prueba ha de corresponder en primer término, a la Agencia Tributaria, que tiene que acreditar la inexistencia de motivos económicos válidos, y por tanto, la presunción de fraude (STS de 16.11.2022, recurso 89/2018, 8.6.2023, recurso 6528/2021, o la de 22.6.2023, recurso 6517/2021). En todo caso, la finalidad fiscal ha de ser, dentro del test de valoración del propósito principal, la exclusiva o preponderante, no bastando con su mera concurrencia, de modo que ha de ser la finalidad principalmente perseguida para apreciar la mencionada intención de elusión fiscal (STJUE de 10.11.2011, asunto C-126/2010, o STS de 12.11.2012, recurso 4299/2010).

Y en este contexto, y fuera de los supuestos de subcapitalización, que precisan de unas necesidades reales de financiación (STS de 22.12.2016, recurso 3421/2015, o de 16.3.2016, recurso 3162/2014), la Jurisprudencia ha considerado que la creación de un holding, por sí sola, no puede constituir la existencia de un motivo económico válido, sino que debe de venir acompañada de algún efecto complementario,

¹ En el mismo sentido MENENDEZ-ROJO, “Lecciones...”, ob.cit, p.786.

como puede ser la reestructuración societaria, o la mejoría en la eficiencia de la misma, lo que se puede advertir valorando la nueva estructura administrativa que dirige la nueva sociedad. En casos análogos al de autos, el Tribunal Supremo ha admitido la inexistencia de motivo económico válido (por todas, STS de 22.12.2016, recurso 3421/2015, 23.3.2015, recurso 682/2014, 26.2.2015, recurso 4072/2013, o de 9.2.2015, recurso 188/2014).

En el caso presente, como muy bien informó la Comisión Consultiva en fecha 189.9.2013, y así lo ha puesto de relieve la Inspección tributaria y el TEAC, no ha existido la mencionada dirección centralizada en la nueva matriz constituida en España, cuya dirección es la misma que la de la absorbida, SAFA GALENICA S.A., de modo que aquella carece de actividad y bienes; es una holding pura, como reconoce la actora. Y, por otro lado, debemos admitir que tampoco se ha aportado el mencionado valor añadido que pone de relieve la Comisión Consultiva”...

De lo expuesto se deduce que la mera creación de una holding no implica necesariamente la existencia de un motivo económico válido, por mucho que se invoque una disminución de costes (sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/2010), y ello en línea con el criterio de la Dirección General de Tributos; es necesario que se incorpore un valor añadido que viene representado por un cambio efectivo de dirección, y que, por tanto, se traduzca en una mejora societaria, que no concurre en el supuesto de autos.

III. NUEVAS PERSPECTIVAS PARA DISTINTAS CLASES DE FUSIONES.

A) Fusiones apalancadas

I.- El régimen de las fusiones merecería también un capítulo especial, al igual que el de las escisiones, a las que también afectaría la doctrina del motivo económico válido en el régimen de diferimiento que contempla el art.89.2 de la Ley 27/2014.

En cuanto a las escisiones, habría que destacar que se hayan sujetas a lo que se resuelva en los recursos de casación planteados respecto del requisito de la proporcionalidad y su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

A su vez en el ámbito de las fusiones mercantiles, tienen trascendencia a mi modo de ver dos tipos de operaciones muy frecuentes en la práctica fiscal. El primero, que se refiere a las fusiones apalancadas y el segundo, el que se refiere a las fusiones inversas.

Respecto de las fusiones apalancadas, llamadas también operaciones LBO, lo cierto es que se ha observado un giro jurisprudencial importante y avanzado en la Jurisprudencia, como lo han representado las sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2021, recurso 26/2018 y de 19 de julio de 2021, recurso 263/2018, teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 24 de febrero de 2016, recursos 349/14, 4134/14, 4044/14, y 948/14, que en cierta manera abrieron algún portillo.

En estas dos sentencias de la Audiencia Nacional, en modo alguno desvirtuadas por otras posteriores, se pone de relieve la influencia que ha tenido la legislación mercantil, en concreto el artículo 35 de la Ley 3/2009, derogado por el art. 42 del Real Decreto-Ley 5/2023 de 28 de junio, relativo a la incidencia de la guerra de Ucrania, cuando se refiere a Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente. Como ha indicado el Tribunal Supremo, «la "fusión apalancada" es una operación consistente en que una sociedad existente o creada al efecto —"sociedad vehículo", "holding company", "venture capital" o "newco"— se endeuda para adquirir el control de otra realizando una "compra apalancada" o "leverage buy-out" (LBO). Posteriormente la adquirente absorbe a la controlada —"sociedad objetivo" o "target company"—, dando lugar a una fusión hacia delante o "forward leveraged

buy-out" o es absorbida por ella, produciéndose la fusión inversa o "reverse leveraged buy-out". El coste financiero de la adquisición termina recayendo en todo caso sobre el patrimonio de la sociedad adquirida».

Y en virtud de esta normativa, que comienza con la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se puede afirmar que estas operaciones LBO han sido bien vistas por parte del legislador mercantil, y por tanto, desde el punto de vista fiscal se puede apreciar la existencia de un motivo económico válido cuando se dan los presupuestos que se contemplaban en ambos casos. De todas maneras, con la vigente Ley 27/2014, se hallan sujetas a límites (art.16.3, 83 y 89), como son los relativos a la cuantía de las deducciones de los intereses abonados¹. Sin embargo, esta línea jurisprudencial no parece que pueda cuestionarse ante la inexistencia de una Jurisprudencia en contrario.

B) El futuro de las fusiones inversas.

A) Lo cierto es que a este tipo fusiones, caracterizadas porque la sociedad filial absorbe a la matriz, han sido examinadas por la **STS de 15 de enero de 2026, recurso 5791/23, sentencia que cuenta con 2 votos particulares**, y en la que se confirma la sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional, que había apreciado que el límite del art. 90.3 del TRLIS, previsto para las fusiones ordinarias era también aplicable a las fusiones inversas, así como también se examina la posibilidad de que puedan aplicar la adquirente la compensación de bases imponibles negativas que ya disponía antes de la fusión. La Audiencia Nacional acudió a la figura de la interpretación extensiva, además de entender que esta compensación ya había sido en su mayor parte aplicada.

La posición mayoritaria del Tribunal Supremo considera que no existe un derecho natural a esa compensación, y sin entrar en el debate interpretación extensiva/analogía, entiende que es lógico dicha aplicación también a las fusiones inversas, sin valorar el tipo de fusión producida desde la perspectiva mercantil. Además, considera que en su mayor parte dichas bases imponibles negativas habían sido ya aplicadas.

Los votos particulares consideran que se ha producido la aplicación analógica de una limitación legal. No hay que atender a la finalidad de la norma, que es el criterio último de interpretación. dice uno de ellos, y en consecuencia, debió estimarse el recurso contencioso-administrativo.

Al margen de que una de las cuestiones tratadas en uno de los votos particulares que mantiene que la finalidad de la norma es el “último criterio en la interpretación de la misma” -posición, dicho sea con todos los respetos clara y abiertamente contraria al art.12 de la LGT 58/2003 y al art.3.1 del CC, así como a las posiciones unánimes de la doctrina civil o tributarista- la primera cuestión a tratar, y previa, por tanto, a cualquier otra es la relativa a si existían o no bases negativas que compensar en la sociedad adquirente, es decir, si estaban o no aplicadas, porque indicar que lo eran o no en su mayor parte es mantener que en su aunque sea en una parte de las mismas podían ser compensadas. Ello resulta una cuestión previa y necesaria a los efectos de valorar la posibilidad de compensar o no bases imponibles negativas existentes antes de la adquisición y que correspondían a la sociedad adquirente.

En segundo lugar, es difícil también mantener la idea de que la compensación de bases negativas no es un derecho natural de la obligada tributaria. Al margen de que el término “derecho natural” es un término que aporta muy poco desde el punto de vista de la dogmática jurídica, sin embargo, conviene recordar que una muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido que la compensación de bases imponibles negativas no es una verdadera “opción”, de las del art.119 de la LGT 58/2003, y la ha concebido de forma muy próxima a un verdadero derecho subjetivo, hablando en muchas ocasiones de la expresión crédito fiscal (En este sentido sentencias de fecha 30 de noviembre de 2021, recurso 4464/2020, seguida por las de 2 de diciembre de 2021, recurso 4006/2020, 31 de diciembre de 2021, recurso 4300/2020; 20 de octubre de 2022, recurso 4400/2020; 24 de octubre de 2022, recurso 1875/2021; 23 de febrero de 2023,

¹ CUESTA CUESTA L, ALVAREZ BARNEITIO P, “ Operaciones LBO: La Audiencia Nacional entiende que no hay simulación, p.5. Septiembre 2021.

recurso 6058/2021; 30 de marzo de 2023, recurso 4754/2021; 25 de abril de 2023, recurso 6591/2021). Por consiguiente, esta consideración, que afirma que la compensación de bases imponibles negativas no es un derecho natural del obligado tributario, debe ser, por tanto, inmediatamente matizada.

Por último, se plantea la más que relevante cuestión, a mi modo de ver indebidamente tratada en la sentencia, tanto por la posición mayoritaria como por los votos particulares, acerca de la diferenciación entre analogía/interpretación extensiva, que ha sido clásica en la doctrina tributarista, con posiciones doctrinales y jurisprudenciales muy diferentes, que requiere una solución definitiva por parte de nuestros tribunales, habiendo tenido el Tribunal Supremo una posibilidad de zanjar este debate sin que haya conseguido superarlo, dada la enorme trascendencia jurídica de la cuestión planteada. El criterio mayoritario no se pronuncia sobre esta cuestión, y el minoritario afirma y da por sentado que ha tenido lugar una aplicación analógica contra legem.

A modo de resumen indicaremos que el debate en la doctrina tributarista española sobre interpretación extensiva versus analogía es un viaje debate que proviene de la escuela italiana, en la que se puede encontrar tres posiciones enfrentadas, y cuyas aportaciones, básicamente, pueden defenderse en los siguientes términos:

A) VANONI admite tanto la figura de la interpretación extensiva como de la analogía, toda vez que en la primera se adapta el espíritu del precepto en relación con la letra del mismo, situando la cuestión en el ámbito de la interpretación de las normas. Respecto de la analogía se sitúa en el ámbito de la integración de las normas, siendo posible a los efectos de garantizar el principio de igualdad ante la imposición, y sobre todo, mediante la aplicación de los Principios Generales del Derecho a través de la analogía. VANONI entiende, no obstante, que la analogía no es el único medio de aplicación de los Principios Generales del Derecho, lo cual expone sin mayores justificaciones, y además, en otras referencias, como algo diferente a ellos¹.

B) En el caso de Giannini² se entiende que es admisible únicamente la interpretación extensiva de las normas, toda vez que responde a la misma finalidad expresada por parte de VANONI. Pero no cabe la analogía puesto que esto contravendría el principio de legalidad existente en el ámbito tributario.

C) En la tercera posición, se encontraría el profesor Berliri³, que entiende que no son admisibles ninguno de los dos institutos, por entender que contravendría la taxatividad que exige la interpretación de las nuestras tributarias, sin llegar a sostener la interpretación rígida que durante mucho tiempo fue mantenida por parte de esta doctrina.

En el Derecho español, los máximo defensores de las tres posiciones han sido Fernando Royo⁴, la de Cortés Domínguez⁵, que sigue la de Giannini, y la posición última defendida por la doctrina clásica⁶ que representan Sainz de Bujanda y Vicente Arche⁷. Como bien se ha dicho, la diferencia entre la interpretación extensiva y la analogía radica entre conocer lo que el legislador ha pensado, y lo que habría pensado.

Siendo una cuestión del todo relevante, en el caso concreto era necesario determinar el criterio que siguió la Agencia Tributaria, acertando, en cuanto a la vía elegida de argumentación, a mi modo de ver la

¹ Así en la obra, VANONI E, “*Naturaleza e interpretación de las normas tributarias, traducción de MARTIN QUERALT, con estudio introductorio de MARTIN QUERALT, J.*”, p. 58 del Estudio, y 338 y 350 de la obra de VANONI, en contradicción con el folio 345. En la doctrina civilista, se considera que la analogía es precisamente, el procedimiento de aplicación de los Principios Generales del Derecho. En este sentido, y por toda la doctrina, DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, ob.cit, p.480, ALBALADEJO M, *Derecho Civil Vol I*, 18ª edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2009, p. 109.

² GIANNINI G: *L’interpretazione e l’integraziones delle leggi tributarie*”, en Riv.Dir.Fin, 1941, además de mantener la diferenciación entre una y otra figura, p.197. También en la obra “*Istituzioni di Diritto Tributario*”, Milán, 1968, p. 44.

³ BERLIRI A, , “*Principios de Derecho Tributario*”, traducción y estudio preliminar de Fernando Vicente Arche Domingo, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964.

⁴ PEREZ-ROYO F, y otros, dentro de la obra colectiva “*Derecho Financiero y Tributario*”, *Parte General*, 32ª edición, 2022, Ed.Civitas Thomson Reuters, p.289

⁵ CORTES DOMINGUEZ M, “*Ordenamiento jurídico tributario español*”. Ed.Civitas, Madrid, 1977, p.149.

⁶ BERLIRI A, ob.cit. p.122

⁷ SAINZ DE BUJANDA F, “*Hacienda y Derecho*”, Vol I, Ed.Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962.

Audiencia Nacional cuando en la instancia considera que se había acudido a la “interpretación extensiva”. La decisión mayoritaria del TS consideró que no era necesario entrar en ese debate, para añadir que era del todo lógico aplicar la regla del art.90.3 del TRLIS a las fusiones inversas. La decisión de los dos votos particulares se deslizó por considerar que era una verdadera aplicación analógica, sin entrar en mayores consideraciones.

Pero lo cierto es que, de facto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha venido guiando por una aplicación de la interpretación extensiva, sobre todo, en el ámbito de las deducciones del Impuesto de Sociedades, y en el ámbito de las exenciones tributarias, al socaire de una interpretación finalística que adecúe la letra al espíritu de la norma. Así, frente a una doctrina anterior a favor de la interpretación restrictiva de las normas sobre exenciones y deducciones se alzan las sentencias de fecha 5 de marzo de 2015, recurso 1917/2013, de 13 de julio de 2017, recurso 1361/2016, con la excepción de la de 26 de mayo de 2016, recurso 2876/2014; a las que han seguido las de 28 de marzo de 2019, recurso 3772/2017, la de 11 de junio de 2020, recurso 3138/2017, la de 18 de junio de 2020, recurso 1479/2018, la de 8 de julio de 2020, recurso 507/2018, la de 29 de junio de 2021, recurso 1929/2020, 19 de diciembre de 2022, recurso 1523/2021, 13 de abril de 2023, recurso 2362/2021, 18 de abril de 2023, recursos 6503/2021 y 3555/2021. Y en esta línea también la Audiencia Nacional, (así, Sentencias de fecha 845/2020 y 846/2020, de fecha 11 de marzo de 2.024). Lo más relevante es que en ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo indica que se haya realizado una interpretación extensiva, lo que no hubiese significado vulneración alguna del principio de legalidad.

IV. LA EXTENSIÓN DE LA FIGURA DEL BENEFICIARIO EFECTIVO.

La doctrina del beneficiario efectivo aparece con los Comentarios al Modelo de Convenio de 1977¹. A partir de ese momento ha tenido una aplicación extensiva en todos los ámbitos del Derecho Tributario Internacional, aunque por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no puede decirse lo mismo, si observamos la ya indicada sentencia de **23 de septiembre de 2020 (recurso 1996/2019, caso Colgate)**. Dicha sentencia entendía que la cláusula de beneficiario efectivo no aparecía en el CDI hispano-suizo de 1966, ni siquiera tras la modificación de 2006 respecto de los cánones, aunque sí para otras rentas. Dicha noción, además, según el Tribunal Supremo *no es una norma de “Derecho natural” ni metajurídica*, (FD 3º). Lo cierto es que, con dicha doctrina, a mi modo de ver, el Tribunal Supremo cometía tres errores:

- Olvidaba que el protocolo de 2006 obligaba a interpretar todo el CDI con arreglo a la noción de beneficiario efectivo, apartado I.ii²; por lo que también era de aplicación a los cánones (art.12)
- Cuando habla de que no es una institución metajurídica aporta una noción desconocida en la dogmática jurídica, con perfiles difusos y confusos;
- No ha valorado la sentencia, si a pesar de que no figure expresamente respecto de los cánones, es susceptible la institución del beneficiario efectivo de interpretación extensiva cuando figura recogida en otros supuestos, que no de aplicación analógica, distinción que el Tribunal Supremo renuncia a realizar.

Sin embargo, las nuevas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo nos hacen ver la eficacia expansiva de esta figura jurídica, y además de ello configuran a los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE ya no sólo como un soft law, sino como una herramienta imprescindible para interpretar las normas de los CDI.

Lo primero que hay que plantearse es la naturaleza que tiene dicha figura del beneficiario efectivo, que como sabemos, permite determinar, no tanto quién es el destinatario último de la percepción de unas

¹ Así lo entiende SANZ GADEA E, “ *Beneficiario efectivo*”, *Análisis de la STJUE de 26 de febrero de 2019*, asuntos acumulados. Revista de Contabilidad y Tributación, CEF, 435 (junio 2019), p.110.

² En este sentido, CALDERÓN CARRERO J.M, “ *Nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre el beneficiario efectivo y los límites a la utilización del soft-law: el caso Colgate Palmolive*”. Legalteca, nº1, Enero de 2021, p.5. Ed.Aranzadi.

rentas sino cuál es la entidad que tiene la verdadera disposición de las mismas, o como dice el TJUE, el disfrute efectivo de la renta. Dicho criterio ha sido de general aplicación tanto en el ámbito de la interpretación de la Directiva matriz-filiales 90/435/CEE (y con el art.14.1.h del RDL 5/2004) como igualmente de la Directiva de intereses 2003/49, (art.14.1.c del mismo texto legal). Se trata de establecer un criterio de exención en dichas materias cuando hay negocios entre sociedades pertenecientes a diversos estados miembros, pero no pretende permitir la expatriación de rentas en favor de entidades de terceros estados, y que se han valido de la creación de “montajes artificiales”, para conseguir dicha expatriación.

La sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de mayo de 2021, dictada en el recurso 1000/2017, dio un espaldarazo definitivo de este principio aplicando la doctrina de los bonos daneses del TJUE de fecha 26 de febrero de 2019 para inaplicar el art.14.1.h del RDL 5/2004. Dicha sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2023, recurso 6528/2021, a la que han seguido las de 21 y 22 de junio de 2023, recursos 6522/2021 y 6517/2021, entendiendo que en virtud de la doctrina del acto aclarado por el TJUE -lo que hacía innecesario plantear una cuestión prejudicial- no podía aplicarse una norma interna contraria a la Jurisprudencia del TJUE en cuanto que establecía un desplazamiento de la carga de la prueba en favor de la Agencia Tributaria a la hora de justificar que el beneficiario efectivo se hallaba fuera del territorio de la UE, no bastando con la presunción de la condición de dicho beneficiario por el hecho de que el titular de la matriz fuese un fondo de pensiones no residente. Se trata, por tanto, de un supuesto de beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes a sus matrices residentes fuera del territorio de la UE.

Dicha sentencia en su FD 3º establece criterios relevantes para configurar la figura del beneficiario efectivo. Así establece que dicho concepto jurídico indeterminado no se identifica formalmente, ni se puede acoger del derecho nacional, sino del Modelo de Convenio de la OCDE, acogiendo una interpretación dinámica, lo que supone una clara superación de la doctrina que estableció el Tribunal Supremo en 2020 sobre esta cuestión. Por otro lado, la doctrina del TJUE de los bonos daneses, de 26 de febrero de 2019, (asuntos C-115/16 y acumulados), tampoco exige la identificación precisa del beneficiario efectivo ni la prueba de la situación de abuso de derecho, sino que *“el supuesto beneficiario efectivo no es más que una sociedad instrumental por medio de la cual se ha cometido un abuso de derecho”*.

En mi opinión no es una verdadera norma anti-abuso²; es una regla de imputación de renta que determina la competencia de los Estados, y, por otro lado, un verdadero principio General del Derecho tributario que goza de las cualidades que tienen estos en la terminología de De Castro³, con su valor interpretativo, informador del ordenamiento e interpretativo de las normas. En este sentido, me parece muy acertada la posición de CARMONA FERNANDEZ⁴ cuando indica que, según se deduce de la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019, “es un requisito material para aplicar el régimen”. En este sentido, conviene tener en cuenta que en la SAN de fecha 21 de mayo de 2021, la aplicación de la doctrina del beneficiario efectivo, sirve, precisamente, para evitar la aplicación de la verdadera norma antiabuso, el art.14.1.h del RDL 5/2004.

Todo ello se deduce en un contexto de notoria imprecisión por parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se deduce de la STS de 21 de diciembre de 2021, recurso 4013/2020, cuando indica:

“Además de la interpretación literal o gramatical, que no es extensiva (lo que prohíbe la ley fiscal es la analogía en la aplicación de los beneficios fiscales, propiciando la interpretación estricta -que no es lo mismo que restrictiva), la teleológica respalda nuestra tesis, en consonancia con la argumentación de la

¹ En este sentido, PARRA RUIZ G, “El Abuso de derecho y el beneficiario efectivo en Europa en la jurisprudencia del TJUE”, Carta Tributaria, Revista de opinión, noviembre de 2023, Editorial CISS, p.8. y SOLER ROCH M.T, “Las normas antiabuso generales y especiales”. Instituto de Estudios Fiscales, nº12, 2011, Documentos de Trabajo, p.182.

² Aunque así parecía entenderlo la SAN de 31 de octubre de 2017, recurso 24/2016, que también exige que la noción de beneficiario efectivo sea expresamente declarada por la norma. Vid, MARTIN JIMENEZ A, “Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y sentencias danesas del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso Colgate)”, Revista de Contabilidad y Tributación nº452, CEF 2020, p. 75 y ss.

³ DE CASTRO F, *Derecho Civil de España*, Ed.Civitas, Madrid, 1949, p.427 y ss.

⁴ CARMONA FERNANDEZ C, “La cláusula silenciosa de beneficiario efectivo en la exención de intereses con destino comunitario”. Carta Tributaria, Revista de opinión, nº119, febrero de 2025, p.3.

sentencia impugnada, pues aunque el artículo 108.3 TRLIS no sea per se una disposición directamente antiabuso, no puede desconocerse que su interpretación adecuada y orientada a los principios fiscales (comenzando por el principal de ellos, el de capacidad económica) exige descartar la posibilidad de que, con un mero fraccionamiento artificioso de sociedades o con la separación de actividades económicas en diversos centros de decisión económica, alguno de los cuales se pondrían en manos de personas naturales que, a su vez, serían las titulares de tales sociedades, se pudiera obtener un artificioso derecho al tratamiento fiscal favorable, afectando no sólo al deber de contribuir adecuadamente, sino también a la libre competencia de las empresas, que podría quedar eventualmente distorsionada si unas sociedades o grupos compitiesen en desigualdad de condiciones por razón de sus meras decisiones autoorganizativas...”

Del confuso párrafo no se sabe, en primer lugar, qué diferencia hay entre la interpretación estricta y restrictiva; en segundo lugar, de su lectura se deduce la inadmisión de la interpretación amplia en materia de beneficios fiscales cuando el Tribunal Supremo la ha convertido en regla; y en tercer lugar, se sigue sin dejar claro los límites entre la interpretación finalística -que, por supuesto, defendemos- y la analogía¹.

V. LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN Y LAS NORMAS ANTIABUSO.

I.En la reciente práctica jurisprudencial, en mi opinión, convendría destacar dos sentencias importantes. **La primera de ellas es la de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2025, Sección 2ª, dictada en el recurso 22/2023.** Esta sentencia hace mención a la problemática de los juro brasileños, pero no para reiterar, sin más, su consideración como dividendos, como ya había proclamado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que son representativas las sentencias de fecha 16 de marzo de 2016, recurso 1130/2014, y de 15 de diciembre de 2016, recurso 3949/2015, que confirman a su vez las de la Audiencia Nacional de fecha 27 de febrero de 2014, recurso 232/2011 y de 22 de octubre de 2015, recurso 463/2012. Y ello según se deduce del Convenio entre España y Brasil de 1974. Esta consideración, determina, precisamente, la exención que contempla el CDI en favor de la entidad accionista española.

Pero lo cierto es que dicha sentencia, añade más cuestiones, y del todo relevantesor relevancia. Conviene tener en cuenta que la problemática de esta sentencia viene dada como consecuencia de la decisión de la Agencia Tributaria de reconsiderar a partir de los ejercicios vencidos desde la entrada en vigor de la Ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades, la calificación jurisprudencial como dividendos sobre la base, por un lado, de una Consulta de la Dirección General de Tributos, así como de la nueva normativa que establecían la citada Ley 27/2014, en su art.21.1. tercer párrafo, al indicar que “*No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora*”. Y, finalmente, sobre la base de una interpretación unilateral de la legislación brasileña que según entendía la Agencia Tributaria, se otorga a estos juro el tratamiento de intereses.

Como punto de partida establece que la interpretación de los CDI debe hacerse desde el punto de vista del Derecho Internacional, como tratados que son, lo que no siempre ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo. Así, lo expresa en el FD 4º:

“En primer lugar, conviene tener en cuenta que, según el parecer de la doctrina científica más autorizada, y de la Jurisprudencia (SAN de 26.10.2018, recurso 156/2015, STS 18.5.2005, recurso 754/2000, STS 25.3.2010, recurso 9020/2004, y también las de 29.6.2011, recurso 6150/2007, de 14.7.2011, recurso 1623/2008, y de 12.6.2023, recurso 915/2022; del Tribunal Constitucional, STC 11/1985, de 30 de enero, 76/1982, de 14 de diciembre, por todas), los convenios de doble imposición, los CDI, han de ser interpretados, como normas internacionales que son, con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, y en concreto, con arreglo a los artículos 31 y 32 del mismo texto, que establecen los criterios teleológico, sistemático o contextual, lógico, literal e histórico en la interpretación de los mismos, dada la preferencia de los mismos sobre las leyes nacionales conforme

¹ Sobre la confusión de conceptos en dicha sentencia, MARTIN QUERAL J, LOZANO SERRANO JM, CASADO OLLERO G, ORÓN MORATAL G, “Curso de Derecho Financiero y Tributario”, Ed.Tecnos, Madrid, 2024, p.200

al art.96.1 de la CE. Ello se deduce, además, del art.3 del TRLIS, conforme al carácter de los CDI como medios de determinación de la competencia de los Estados...”

Por otro lado, la mencionada sentencia establece los criterios finales de determinación del sistema de fuentes en la interpretación de los CDI:

“En segundo lugar, también ha de tenerse en cuenta los criterios internacionales establecidos en relación con el Modelo de convenio de la OCDE, artículo 3, y que también son propios del Derecho Internacional, como el principio de reciprocidad. Y, finalmente como normas tributarias Internas que son los CDI (art.7 de la LGT 58/2003), una vez que han sido ratificados por España, son de aplicación las normas españolas domésticas siempre y cuando no se contradiga el contenido y el espíritu del convenio...”

Y finalmente, ha de recordarse lo que expone la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2023, antes mencionada, en el sentido de que coloca a los principios de la OCDE, entre los que se incluiría los Comentarios al Modelo de Convenio, en un lugar relevante, superando así, la doctrina de la sentencia de 23 de septiembre de 2020. Así lo dice en el FD 4º de la citada sentencia de 8 de junio de 2023:

“Entra el TJUE a examinar esta cuestión, si bien debemos advertir que las consideraciones que realiza y que seguimos, a pesar de nuestros pronunciamientos realizados en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020, rec. cas. 1996/2019, que a su vez sigue otras anteriores, sentencia de 3 de marzo de 2020, rec. cas. 5448/2018, respecto de la interpretación dinámica de los convenios en referencia a los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, que en definitiva, viene avalada por la sentencia que comentamos. Como se desprende de los términos de la sentencia, que a continuación se transcribirán, tomando como marco la Directiva de intereses y cánones, rechaza que por beneficiario efectivo pueda entenderse aquel que es identificado formalmente, sino que debe considerarse beneficiario efectivo a la persona que disfruta económicamente de los pagos percibidos y que dispone por tanto de la facultad de determinar libremente el destino de éstos. En la línea, dos apuntes resultan interesante recalcar, uno, en contraposición con la postura mantenida por este Tribunal Supremo, el reconocimiento explícito de que son relevantes y aplicables los principios de la OCDE, y otro, que la definición de beneficiario efectivo no puede cogerse del derecho nacional, dado su diverso alcance, debiéndose tener en cuenta la evolución del mismo al momento en que debe aplicarse conforme a una interpretación dinámica, y atendiendo a los futuros cambios en los Comentarios de del Modelo de Convenio de la OCDE...”

Y aunque los Comentarios tenían la naturaleza de soft law¹, y por tanto, carecían de valor normativo, dicho ya desde hace muchos años por el Tribunal Supremo (STS de 15 de julio de 2002, recurso 4517/1997 o 12 de febrero de 2003, recurso 8720/1998, 15 de octubre de 2009, recurso 10106/2003, por todas) las últimas sentencias le permiten recobrar un valor mayor, una posición jurídica en la interpretación de los CDI destacada, aunque sin llegar a poder ser ratio decidendi ni poder ser invocada en casación, en línea con la sentencia del TJUE de fecha 26 de febrero de 2019, asuntos C-115/16 y acumulados, la ya conocida de los bonos daneses. Ello no implica optar por la interpretación dinámica, ni por la estática, pues en mi opinión este debate tiene mucho de nominalismo, sino de respetar o no el espíritu del Convenio, sobre la base de una interpretación concordante con el otro Estado firmante del Convenio, evitando interpretaciones unilaterales del mismo.

Dicha sentencia lo que pone de relieve es que no cabe invocar la normativa interna, en este caso, la española, para realizar una interpretación unilateral de un convenio en contra del espíritu del mismo. Por otro lado, hace un examen novedoso sobre el principio de reciprocidad, entendiendo que conforme a la

¹ Por todos, SERRANO ANTON F, “ La interpretación de los convenios de doble imposición internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. La Función de los Comentarios del modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio, Revista de Contabilidad y Tributos, CEF nº341-342, p.142,

interpretación de la normativa brasileña no era posible configurar a los juros brasileños como intereses (art.11), en vez de dividendos (art.10), tal como había sido tradicionalmente considerado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y, en consecuencia, examina la mencionada normativa brasileña, como prueba del Derecho Extranjero:

“Y en esta línea también la ley brasileña 9249/1995 de 26.12.1995, así como la Resolución de la Comisión de Valores mobiliarios de Brasil de 15.6.2022, aportada por la actora, como prueba del Derecho extranjero, conforme al art. 281.2 de la LEC, por lo que, no puede invocarse el principio de reciprocidad, que de hecho ha sido aplicado por la Administración demandada. Y en este sentido, interpretando la normativa brasileña, se pronunciaron las sentencias de esta Sección de fecha 27.2.2014, recurso 232/2011 y de 9.7.2015, recurso 282/2012...”

Por otro lado, esta sentencia destaca porque prevé los supuestos en que puede tener lugar la aplicación de la normativa interna conjuntamente con el CDI (Convenio de doble imposición):

A) Por remisión del CDI al Derecho interno, expresa o tácitamente.

B) Por aplicación del principio de reciprocidad, o de otro principio de Derecho internacional, como el del art.3.2 del modelo de Convenio de la OCDE, puede tener lugar una interpretación unilateral de los Estados

C) Y en tercer lugar, como consecuencia de la aplicación del principio de no agravación reconocido doctrinalmente, evitando así, que el Convenio origine una situación desigualatoria en relación con la normativa interna. Así lo pone de relieve dicha sentencia en el FD 4º:

“Presupuesto lo anterior las alegaciones de la parte recurrente han de ser íntegramente estimadas. En primer lugar, conviene tener en cuenta que, según el parecer de la doctrina científica más autorizada, y de la Jurisprudencia (SAN de 26.10.2018, recurso 156/2015, STS 18.5.2005, recurso 754/2000, STS 25.3.2010, recurso 9020/2004, y también las de 29.6.2011, recurso 6150/2007, de 14.7.2011, recurso 1623/2008, y de 12.6.2023, recurso 915/2022; del Tribunal Constitucional, STC 11/1985, de 30 de enero, 76/1982, de 14 de diciembre, por todas), los convenios de doble imposición, los CDI, han de ser interpretados, como normas internacionales que son, con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, y en concreto, con arreglo a los artículos 31 y 32 del mismo texto, que establecen los criterios teleológico, sistemático o contextual, lógico, literal e histórico en la interpretación de los mismos, dada la preferencia de los mismos sobre las leyes nacionales conforme al art.96.1 de la CE. Ello se deduce, además, del art.3 del TRLIS, conforme al carácter de los CDI como medios de determinación de la competencia de los Estados.

En segundo lugar, también ha de tenerse en cuenta los criterios internacionales establecidos en relación con el Modelo de convenio de la OCDE, artículo 3, y que también son propios del Derecho Internacional, como el principio de reciprocidad. Y, finalmente como normas tributarias Internas que son los CDI (art.7 de la LGT 58/2003), una vez que han sido ratificados por España, son de aplicación las normas españolas

domésticas siempre y cuando no se contradiga el contenido y el espíritu del convenio. Por consiguiente, las normas domésticas serán de aplicación en los siguientes supuestos en los que concurren con los CDI:

-Por remisión de los CDI,

- Por aplicación del principio de reciprocidad y art.3.2 del Modelo de Convenio de la OCDE,

- Por aplicación de la cláusula de no agravación, doctrinalmente admitida, y ello para el caso de que el efecto útil del CDI no consiga eliminar totalmente la doble imposición...”

Esta tesis ha sido acogida por la doctrina, como es el caso de los profesores CALDERON Y VOGEL¹.

II.- En segundo término, había que destacar también la **sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2026, dictada en el recurso de casación 6111/2023, que confirma la sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 26 de mayo de 2023**. En dicho recurso se debatía la aplicación del Convenio Hispano-holandés. En este supuesto concreto se acredita que el beneficiario efectivo de las rentas obtenidas no es otro que una entidad residente en Curaçao, con el que no existía convenio de doble imposición. Por consiguiente, no puede aplicarse la Directiva Comunitaria 2003/49, y por tanto, la exención, sin que pueda aplicarse el CDI de forma subsidiaria, por el principio de primacía del Derecho de la UE y no el privilegiado del 6% que prevé el Convenio con Países Bajos. En consecuencia, la Agencia Tributaria entendió que no podía ser de aplicación dicho Convenio, y aplica por ello la norma interna española, y en consecuencia se le aplica el tipo correspondiente del 24,5%.

En este supuesto concreto se puede concluir cómo *la regla del beneficiario efectivo no es una verdadera norma antiabuso, sino es una regla competencial determinante de la norma de aplicación al caso*, siendo preciso que el beneficiario efectivo de las rentas obtenidas sea una entidad residente para que pueda ser aplicado el Derecho de la Unión Europea. Otra cuestión que cabe plantearse es si, en caso de que el Tribunal hubiese llegado al convencimiento de que el beneficiario efectivo hubiese sido un tercer Estado residente en la Unión Europea si podía haber aplicado de oficio el correspondiente Convenio de doble imposición con dicho país, lo cual parece del todo lógico. Destacamos de dicha sentencia lo siguiente:

“Rechazada la aplicación de la exención prevista en el artículo 14.1.m) TRLIRNR, no resultan de aplicación las previsiones contenidas en el CDI hispano neerlandés sobre el tipo de retención aplicable a dichos pagos, sino el tipo regulado en la normativa interna, por aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión, en tanto en cuanto dicho artículo refleja fielmente la Directiva que transpone (Directiva 2003/49/CE del Consejo de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros)...”

Por consiguiente, podemos afirmar que la relación existente entre cláusulas de abuso internas y las previsiones de los CDI puede encontrarse entre situaciones:

Remisión del CDI a las Cláusulas antiabuso internas; es el caso del Convenio con Costa Rica de 2004 (Protocolo, apartado I). En ese caso, no hay problemas para su aplicación.

Ausencia de previsión en los CDI: También deben ser aplicadas dichas cláusulas antiabuso domésticas, conforme a los postulados de la OCDE recogidos en el Plan de Acción 6 de 2015, para impedir la aplicación abusiva de los CDI².

Prohibición de las cláusulas antiabuso internas: en ese caso, escasamente contemplado, tienen preferencia

¹ CALDERÓN CARRERO J.M, “La doble imposición internacional en los Convenios de doble imposición y en la Unión Europea”, Ed.Aranzadi, Pamplona, 1997, p.50 y ss. También VOGEL K.”Convenios de doble imposición”, Ed.Wolters Kluwer, 1993, p.125 y ss

² En el mismo sentido, JIMENEZ MARTIN F, y RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA L, “Cláusulas antielusión y Convenios para evitar la doble imposición: Cuestiones no resueltas”. Revista de Contabilidad y Tributación. CEF nº339, p.72, y 80.

LA INVERSIÓN EN AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO PARA LA OBTENCIÓN DE UNA RENTABILIDAD FINANCIERA A TRAVÉS DEL AHORRO DE IMPUESTOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS DE INVERSIÓN EN PROYECTOS DE I+D

INVESTMENT IN ECONOMIC INTEREST GROUPS TO OBTAIN A FINANCIAL RETURN THROUGH TAX SAVINGS. SPECIAL CONSIDERATION OF R&D INVESTMENT STRUCTURES

Manuel Luis Martínez Cabeza. Inspector de Hacienda del Estado. Subdirector General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica, Departamento de Inspección Financiera y Tributaria. Agencia Estatal de Administración Tributaria

5 de julio de 2026

- I. Planteamiento de la cuestión
- II. Marco jurídico de la utilización de Agrupaciones de Interés Económico (AIE) como instrumento para la inversión en créditos fiscales
- III. Las estructuras de inversión en proyectos de I+D
- IV. Los abusos identificados y la respuesta de la Administración tributaria

Cada vez es más notoria la existencia de esquemas de transmisión de créditos fiscales entre contribuyentes a través de Agrupaciones de Interés Económico, que permiten a unos garantizar y anticipar su aprovechamiento y a otros obtener una rentabilidad derivada de su adquisición. Estas estructuras han nacido al margen del procedimiento legislativo ordinario y presentan características muy singulares que hacen interesante su análisis. Sin embargo, no son muchos los estudios que, desde un punto de vista práctico, han abordado su realidad práctica. Por ello, el presente artículo tiene por objeto explicar, incluyendo ejemplos numéricos sencillos, cuál es su finalidad, como se han desarrollado hasta alcanzar su configuración actual y cuales son los principales peligros o abusos detectados en su utilización.

The existence of tax credit transfer schemes between taxpayers through Economic Interest Groups is becoming increasingly evident. These schemes allow some to secure and anticipate the use of tax credits, while others obtain a return on their acquisition. These structures have emerged outside the ordinary legislative process and possess unique characteristics that make their analysis worthwhile. However, few studies have addressed their practical reality. Therefore, this article aims to explain, including simple numerical examples, their purpose, how they have developed to reach their current configuration, and the main dangers or abuses detected in their use.

Palabras clave: AIE, I+D, inversión, créditos fiscales, abuso.

I. Planteamiento de la cuestión

Cada vez es más frecuente descubrir que una entidad aseguradora ha participado en la financiación de una película española de dibujos animados o en un proyecto de investigación y desarrollo destinado a mejorar la tecnología asociada a la producción en una industria tan alejada de su negocio como podría ser la del azulejo. También lo es que profesionales como abogados o médicos con altos niveles de ingresos, cuyas rentas tributen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) como rendimientos de actividades económicas, comenten con sus amigos que han invertido en un festival de música electrónica o en un documental sobre un grupo de rock que seguían desde su infancia. Es el resultado de un fenómeno que ha crecido exponencialmente en los últimos años bajo el auspicio de la propia Administración Tributaria y que persigue una finalidad claramente definida: incrementar los recursos que reciben los sectores de actividad que cuentan con incentivos para la realización de determinadas actividades en el Impuesto sobre Sociedades. El medio para conseguirlo es simplemente permitir que los contribuyentes que generan dichos incentivos puedan transmitirlos a otros contribuyentes que, a diferencia de ellos, tengan capacidad para su aprovechamiento.

Esta idea parte de la constatación de una realidad: los incentivos fiscales para el desarrollo de determinadas actividades, por mucho potencial que tengan, adolecen de dos grandes inconvenientes: la falta de capacidad para su aprovechamiento de las entidades que los generan y su naturaleza *ex post*, puesto que se generan tras su realización y, por tanto, no abordan el problema de la falta de financiación de las actividades incentivadas.

En cuanto a la falta de capacidad de aprovechamiento, la misma se explica desde una idea muy sencilla: para que un contribuyente pueda beneficiarse de una rebaja de impuestos, debe obtener rentas positivas y, por ello, estar obligado a satisfacer una cuota por el Impuesto sobre Sociedades. El problema se agrava atendiendo a la configuración de estos incentivos como deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades, reguladas en el capítulo IV del título VI de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), pues se diseñan como la deducción de una parte de la cuota tributaria que se aplica con posterioridad a las deducciones para evitar la doble imposición y a las bonificaciones y su aplicación está sometida a los límites del artículo 39 de la LIS. Dichos límites implican, en esencia, que pese a generarse el derecho a la aplicación de una de estas deducciones, su aplicación efectiva en cada ejercicio no puede reducir en más de un 50 por ciento la cuota tributaria del contribuyente, debiendo diferirse la aplicación del exceso a periodos futuros.

Por otra parte, resulta evidente que las rebajas en los impuestos directos, que se satisfacen al finalizar el periodo impositivo, lo que generan es un ahorro fiscal que llega, por definición, después del desarrollo de la actividad, una actividad que nunca se llegará a realizar de no obtenerse por el contribuyente la financiación necesaria para llevarla a cabo. Como veremos, este tipo de estructuras permite no tener que esperar al periodo de autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades o del IRPF para poder “monetizar” los incentivos fiscales para la realización de determinadas actividades.

Ante esta situación, cabe plantearse el motivo de que, si la instrumentalización de las ayudas públicas a través de incentivos fiscales genera estos problemas, tales ayudas no se conceden a través del instrumento jurídico propio para las mismas, como es la concesión de subvenciones, sujetas a un régimen jurídico y de control muy alejado del tributario. Ciertamente en los últimos años estamos asistiendo a un incremento de las ayudas públicas concedidas a través de rebajas fiscales e incluso, de las ayudas y subvenciones que se satisfacen y controlan por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Pues bien, el hecho de que la financiación pública de determinadas actividades que el legislador considera dignas de incentivación no se lleve a cabo a través de subvenciones sino que se prefiera su configuración como incentivo fiscal, responde seguramente a las características diferenciales de este tipo de ayudas, entre las que seguramente destacan especialmente dos.

Así, en primer lugar, los incentivos para la realización de determinadas actividades en el Impuesto sobre Sociedades no cuentan con un presupuesto limitado, cuya superación implica la imposibilidad de que se siga aplicando por otros contribuyentes. Salvo alguna excepción ya superada, en la actualidad los incentivos fiscales a las actividades de investigación y desarrollo (I+D), a la innovación tecnológica (IT, que se identifica con la *i* minúscula en la expresión I+D+i), a la producción cinematográfica o a los espectáculos en vivo de artes escénicas y de la música tienen, en principio, un presupuesto ilimitado. De esta manera, la rebaja fiscal que obtenga un contribuyente por el desarrollo de su proyecto no depende de que también se beneficie de la misma otro contribuyente, pues ambos tienen el mismo derecho a su aplicación.

En segundo lugar, su aplicación inicial por los contribuyentes en su autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) garantiza también la agilidad del sistema, frente a los no siempre cortos tiempos de tramitación para la concesión de subvenciones. La configuración de estas ayudas como incentivos fiscales presenta adicionalmente una característica organizativa también muy relevante en la práctica, como es que su comprobación, posterior a su aplicación, se lleve a cabo por quizá los órganos de la Administración General del Estado con mayor experiencia, medios y potestades de control, como son los órganos de control de la AEAT y, en particular, los órganos de Inspección Financiera y Tributaria.

Ante esta situación, el Ministerio de Hacienda y los sectores afectados encontraron una solución, que no es original para los incentivos fiscales sino que está basada en el esquema diseñado a principios de este siglo para ayudar a la industria naviera en España. Se trata del complejo de operaciones o estructura contractual que finalmente se identificaría por los servicios de la Comisión Europea como *tax lease* o SEAF (sistema español de arrendamiento fiscal), en una Decisión que fue finalmente anulada pese a declarar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dicho esquema constituía una ayuda de Estado ilegal e incompatible. La utilización de este esquema o estructura en relación con las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades en el Impuesto sobre Sociedades permite a quienes generan créditos fiscales por el desarrollo de I+D+i, de producción cinematográfica o de series audiovisuales o de producción y exhibición de espectáculos en vivo de artes escénicas y de la música, transmitir los mismos junto con, en su caso, las bases imponibles negativas que se generen, a inversores que nada tienen que ver con la actividad. Se trata, por tanto, de un esquema que permite vender créditos fiscales a cambio de un importe de dinero inferior al ahorro que la utilización de dichos créditos va a generar en su comprador.

Los diferentes esquemas utilizados en cada actividad han adoptado nombres diversos desde un punto de vista comercial, desde *tax lease* a otras expresiones como *mecenazgo tecnológico* o *mecenazgo cultural*, que pese a su indudable atractivo no hacen honor a su verdadera naturaleza. En efecto, los inversores en este tipo de esquemas poco tienen que ver con el concepto de mecenas de tiempos pretéritos, pues a su escaso o nulo interés por el avance tecnológico o la expresión cultural concreta que en cada caso se financia, se une un perfectamente legítimo ánimo de lucro, pues no podemos olvidar que su atractivo principal son las muy elevadas rentabilidades que ofrecen en escasos meses.

El desarrollo del marco jurídico en que se encajan estas estructuras de transmisión de créditos fiscales se ha llevado a cabo principalmente mediante la emisión de contestaciones vinculantes a consultas tributarias por parte de la Dirección General de Tributos (DGT), junto a algún pequeño cambio en la legislación del Impuesto sobre Sociedades y a referencias más o menos directas a estas estructuras en la legislación específica o sectorial de las actividades incentivadas. Este desarrollo se ha producido, por tanto, al margen de los procedimientos de creación normativa en los que, en particular, tanto los operadores privados como los órganos de aplicación de los tributos, pueden formular sugerencias y observaciones. Por el contrario, se ha llevado a cabo un desarrollo a base de sucesivos pronunciamientos interpretativos que han abierto la puerta a la transmisión de facto de créditos fiscales entre contribuyentes y que, poco a poco, han ido añadiendo elementos al esquema, lo que sin duda ha generado problemas. El sector privado y, en particular, el relativo a la inversión, se desarrolla normalmente con mayor velocidad que la normativa que regula cualquier actividad, y ello, junto a la creciente competencia a la hora de ofrecer mayores rentabilidades a los inversores, ha dado lugar a prácticas abusivas.

Tales prácticas, que nunca han sido planteadas abiertamente a la DGT en las consultas remitidas sobre estos esquemas, se apoyan en la estructura que se ha ido definiendo a través de consultas vinculantes y provocan un enorme perjuicio a los intereses de la Hacienda Pública. Cuando años después los órganos de inspección de la AEAT han comenzado a comprobar este tipo de operaciones, han constatado que el uso abusivo de un número nada desdeñable de ellas ha determinado que los recursos públicos destinados a financiar un determinado proyecto se multipliquen de forma artificial, generándose, con cierta frecuencia, rebajas fiscales muy superiores al total de los gastos efectivamente destinados a la actividad incentivada. La utilización de un esquema diseñado para permitir la transmisión o “monetización” de créditos fiscales ha degenerado de facto, en un número nada desdeñable de casos, en un sistema que se utiliza para su creación artificial, a través del simple inflado de gastos. Ello ha provocado que los recursos públicos que se destinan, a través de incentivos fiscales, a financiar una determinada actividad, se multipliquen (a veces incluso por diez o por quince) con el fin de cubrir elevadas rentabilidades para los inversores y cubrir así las elevadísimas facturas de los intermediarios que “estructuran” este tipo de operaciones y que con frecuencia son los verdaderos impulsores de los abusos detectados.

II. Marco jurídico de la utilización de Agrupaciones de Interés Económico (AIE) como instrumento para la inversión en créditos fiscales

Como ya se anticipó anteriormente, el origen de la utilización de AIE para la inversión en créditos fiscales debe situarse en el sistema que empezó a operar en 2002 y que tenía por finalidad incentivar la construcción de buques por los astilleros españoles. Este sistema, claramente inspirado en el sistema francés de los grupos de interés económico, consistía en combinar varias medidas del Impuesto sobre Sociedades que permitían la rápida generación de bases imponibles negativas en una AIE, con el fin de que las mismas fueran transmitidas a inversores que contaran con suficientes bases imponibles positivas para su compensación. A cambio, dichos inversores efectuaban una aportación de capital a la AIE, que permitía abaratar el coste de adquisición del buque para el naviero que encargara su fabricación, lo que sin duda hacía más competitivos aquellos astilleros que participaban en el esquema. Este sistema, que presentaba una elevada complejidad y estaba sometido a una autorización por parte de la DGT previa comunicación de las magnitudes del esquema, permitía únicamente transmitir las bases imponibles negativas derivadas de la amortización anticipada (desde el comienzo de su construcción) y acelerada de los buques, bases imponibles que no se convertirían nunca en positivas tras terminar la construcción del buque debido, principalmente, a su posterior transmisión sometida al régimen especial de tributación basado en el tonelaje. Los inversores, de diversa naturaleza, cambiaban dinero o fondos por el derecho a compensar bases imponibles negativas en el Impuesto sobre Sociedades, mientras que las entidades navieras que encargaban la construcción de un buque se aprovechaban de los fondos aportados por estos últimos para reducir su precio.

Las AIE son entidades con personalidad jurídica reguladas en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico. Su Exposición de Motivos señala que la AIE es una “figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros”, mientras que su artículo 2 hace referencia a que permite “mejorar los resultados de la actividad de sus socios”. Su artículo 3 establece, no obstante, en cuanto al objeto de la AIE que “se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios”, por lo que desde un punto de vista mercantil, no resulta posible la creación de AIE para que desarrollen actividades que no sean auxiliares a las de sus socios.

En cuanto al régimen tributario de estas entidades en el Impuesto sobre Sociedades, al tener personalidad jurídica son contribuyentes del Impuesto, por lo que calculan su base imponible de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3 de la LIS. A las AIE les resulta de aplicación el régimen tributario especial de las Agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de Uniones temporales de empresa previsto en el Capítulo II del Título VII de la LIS. Este régimen implica, en esencia, un sistema de tributación distinto en función de si sus socios son o no residentes en territorio español. Así, en la parte que

corresponda a rentas imputables a los socios no residentes, la AIE está sujeta a las obligaciones tributarias que con carácter general deriven de la aplicación de la LIS. Por el contrario, en cuanto al porcentaje de todas sus magnitudes fiscales que corresponda a sus socios residentes en territorio español, la AIE actúa como una entidad transparente, pues le imputa a sus socios sus bases imponibles (positivas y negativas), bases de deducción y cuotas tributarias, además de otras magnitudes, no teniendo, en consecuencia, la obligación de ingresar la deuda tributaria que les corresponda en la Hacienda Pública, pues esa obligación recae en sus socios residentes en territorio español. Del mismo modo, en caso de que una AIE con socios residentes en territorio español obtenga una base imponible negativa y una base de deducción como consecuencia de haber desarrollado una determinada actividad incentivada, dichas magnitudes se imputan a quienes ostenten la condición de socios en el momento del cierre del ejercicio, que las aprovecharán para reducir su tributación efectiva correspondiente, a opción de estos últimos, al mismo ejercicio fiscal o al siguiente.

En definitiva, el esquema utiliza una sociedad mercantil creada para la colaboración entre empresarios con el fin de aprovechar su peculiar régimen fiscal, situando, a través de diferentes contratos, la realización de actividades incentivadas en una AIE, para que sea esta la que genere las bases imponibles negativas y bases de deducción correspondientes, y se las pueda imputar a sus socios.

Como consecuencia de lo anterior, las primeras cuestiones que se plantearon y se resolvieron allá por 2009 en relación con el sistema español de arrendamiento fiscal o *tax lease* relativo a los buques, versaban sobre esta aparente incompatibilidad. Así, el principal obstáculo desde un punto de vista mercantil para esta utilización instrumental de las AIE estaba en el requisito del mencionado artículo 3 de la Ley 12/1991 de AIE, que exigía que su objeto social se limitara exclusivamente a una actividad económica auxiliar a la que desarrollaran sus socios. Esto suponía limitar el espectro de los posibles inversores a aquellos contribuyentes que desarrollaran una actividad relacionada con la que se situara en la AIE, y fue rápidamente resuelta por la DGT, quien en diferentes contestaciones vinculantes a consultas tributarias (por ejemplo, V0162-09) se encargó de señalar que el incumplimiento de este artículo 3 no producía efectos desde el punto de vista tributario. La DGT señaló, por tanto, con carácter vinculante para los órganos encargados de la aplicación de los tributos, que la utilización de AIE para fines distintos a los establecidos en la Ley que las regula, no implicaba la pérdida del régimen especial creado en atención, precisamente, a su particular régimen mercantil.

Desde el punto de vista estrictamente tributario, la principal cuestión que se planteaba era la falta de encaje de las normas que regulaban el régimen tributario especial con la finalidad para la que el mismo estaba siendo utilizado. En efecto, la rentabilidad de la inversión en estas estructuras no derivaba, conforme se asumía en el diseño del régimen fiscal especial, de las rentas positivas obtenidas por la AIE, sino de la diferencia entre el ahorro fiscal derivado de la imputación de bases imponibles negativas y bases de deducción y el importe aportado a la entidad. Esta cuestión fue analizada en 2009 por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), que mediante un informe que fue incorporado a diferentes consultas de la DGT (entre otras, V1175-09), señaló que, a efectos de calificar estas inversiones desde un punto de vista contable, debía atenderse al fondo económico de la operación, y que desde esta perspectiva:

- El acuerdo entre socio y AIE es asimilable a un instrumento financiero tal y como aparece definido en la Norma de Registro y Valoración 9ª del Plan General de Contabilidad, en la medida en que la AIE se financia mediante la obtención de fondos cuya devolución no está prevista, pero que, sin embargo, en su condición de socios, otorga a los aportantes el derecho a recuperar el capital aportado a través de la imputación de bases imponibles negativas.

- A medida en que se vayan imputando las bases imponibles negativas a los socios de la AIE, estos deberán dar de baja en contabilidad su participación en la misma y, por diferencia con la deuda registrada frente a la Hacienda Pública que es objeto de cancelación, deberán registrar el correspondiente ingreso financiero, sin perjuicio de dejar registrada la participación en la AIE por un importe insignificante, en virtud del principio de imagen fiel.

Esta calificación contable de la inversión en la AIE como instrumento de patrimonio con características especiales sería, años después, reconocida en la actual LIS, al establecer de forma novedosa su artículo 43.4 una norma especial, a la hora de calcular las rentas derivadas de la transmisión de sus participaciones en estos supuestos. El literal de la norma es el siguiente:

“Cuando así lo establezcan los criterios contables, el valor de adquisición se minorará en el importe de los gastos financieros, las bases imponibles negativas, la reserva de capitalización, y las deducciones y bonificaciones, que hayan sido imputadas a los socios en el periodo de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión, hasta que se anule el referido valor, integrándose en la base imponible igualmente el correspondiente ingreso financiero”.

De esta manera, la actual Ley del Impuesto sobre Sociedades lleva a cabo un reconocimiento explícito, aunque ni mucho menos claro para cualquier lector, de la posibilidad de utilizar las AIE como instrumentos financieros destinados a ofrecer a sus socios una rentabilidad por diferencia entre los fondos aportados y el ahorro fiscal derivado de los créditos fiscales imputados por la AIE.

Continuando con la identificación del marco jurídico de estas estructuras, merece la pena hacer referencia a su exteriorización ante la Unión Europea por parte de las autoridades fiscales del Reino de España. Así, a medio camino entre el ámbito tributario y el relativo a la legislación comunitaria de defensa de la competencia, debe destacarse la autorización expresa de los servicios de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2012 de un nuevo sistema de arrendamiento fiscal (Ayuda estatal SA.34736), que en esta ocasión no se considera una ayuda de estado de carácter selectivo, pero que implica la utilización, como en el sistema original, de AIE destinadas a servir para la inversión financiero fiscal de sus socios en las bases imponibles negativas derivadas de la construcción de determinados activos.

Así mismo, como se anticipaba, la legislación sectorial también ha llevado a cabo referencias expresas a la utilización de AIE con el fin de garantizar el aprovechamiento de los incentivos establecidos en el Impuesto sobre Sociedades para actividades como el cine o la I+D. Ya en el año 2007, la Ley 55/2007 del Cine, se refirió en su artículo 21 a que “para un mejor aprovechamiento de los incentivos fiscales previstos en la normativa tributaria, en particular los regulados en los artículos 34.1 y 38.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales fomentará (...) la constitución de agrupaciones de interés económico de acuerdo con lo previsto en la Ley 12/1991, (...) a las que resultará de aplicación el régimen fiscal establecido en los artículos 48 y 49 del citado texto refundido y demás normativa de desarrollo”.

Por su parte, el artículo 33.b) de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, se refirió a la necesidad de implantar medidas para *“fomentar la inversión en actividades de investigación, desarrollo e innovación y estimular la cooperación entre las empresas y entre éstas y los organismos de investigación, mediante fórmulas jurídicas de cooperación tales como las AIE y las Uniones Temporales de Empresas en las que los colaboradores comparten inversión, ejecución de proyectos y/o explotación de los resultados de la investigación. Estas entidades se beneficiarán de los incentivos fiscales previstos en la legislación vigente, conforme a los requisitos y condiciones establecidos en dicha legislación”*.

En paralelo, la DGT fue emitiendo diversas consultas confirmando expresamente la posibilidad de utilizar estos esquemas de inversión en AIE para transmitir no sólo bases imponibles negativas, sino también las deducciones derivadas de la realización de determinadas actividades. De esta manera, la DGT ha emitido numerosas consultas confirmando la posibilidad de utilizar AIE para desarrollar producciones cinematográficas que generan la deducción actualmente prevista en el número 1 del artículo 36 de la LIS, proyectos de I+D o de IT, cuyas deducciones se regulan en los apartados 1 y 2 del artículo 35 de la LIS o incluso espectáculos en vivo de artes escénicas y de la música, que pueden generar la deducción prevista

en el número 3 del artículo 36 de la LIS. Estas consultas confirman la generación de las bases de deducción en la AIE y su imputación a sus socios al final del ejercicio, en virtud de esquemas que presentan diferencias entre sí derivadas de las características económicas de la actividad incentivada. Así, poco tiene que ver la capacidad para generar ingresos y el momento en el que los mismos se producen, en el caso de un festival de música, de una película española que sólo llega a estrenarse en algunos cines antes de su paso a plataformas y televisión, o de un proyecto de I+D en una fase inicial que, por definición, no puede generar ingreso alguno y cuya utilidad es únicamente servir de base para futuras investigaciones.

Atendiendo a los importes de inversión que unos y otros tipos de estructuras permiten movilizar, las estructuras de inversión en proyectos de I+D son, sin lugar a dudas, las de mayor relevancia. Estas estructuras presentan, además, características propias derivadas de la falta de generación de ingresos del proyecto que las hacen especialmente interesantes y que han generado enormes abusos hasta la fecha. Ambos atributos convierten el análisis de las estructuras de inversión a través de AIE de I+D en especialmente necesario.

III. Las estructuras de inversión en proyectos de I+D

Una descripción de estas operaciones que resulte sencilla de entender debe comenzar por la identificación de los participantes en el esquema. El elemento subjetivo esencial para que exista una estructura de inversión en un proyecto de I+D es, sin duda, el investigador. Así, resulta imprescindible que exista una entidad que desee llevar a cabo un proyecto de esta naturaleza y que no tenga capacidad para aprovechar las incentivos fiscales que la misma genera, ya sea por tratarse de un contribuyente sometido al régimen especial de entidades parcialmente exentas o, como ocurre en la mayor parte de los casos, entidades que simplemente no generan bases imponibles positivas suficientes para poder compensar los gastos de la actividad y aplicar las correspondientes deducciones. Por tanto, el germen de la estructura está en un investigador que quiere desarrollar un proyecto de I+D y que quiere desarrollarlo para sí mismo, esto es, hacer suyos los resultados del proyecto, con el fin de aplicarlos a su proceso productivo, explotarlo comercialmente o incluso utilizarlo en su actividad fundacional. Esta asunción, por parte del investigador, de los riesgos y beneficios del proyecto es, como veremos, esencial en la delimitación del esquema ante los principales abusos detectados.

Para el montaje de la estructura también es relevante la aparición de otro actor, un intermediario, el denominado “estructurador”, que es quien se encarga de encontrar a investigadores que deseen “monetizar” los créditos fiscales derivados de su proyecto. Estos estructuradores normalmente se encargan, a cambio de un precio, de la constitución de la AIE, de la redacción de los contratos con el investigador y de la búsqueda y redacción de los contratos con los inversores. Junto a los estructuradores aparecen a veces otros actores, como los intermediarios que buscan a los posibles inversores en el esquema, aunque con frecuencia estas funciones se asumen por los mismos que se encargan del sistema contractual que soporta la operación.

Finalmente, los socios que invierten en este tipo de proyectos pueden ser contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, estos últimos siempre que desarrollen actividades económicas, lo que les abre la posibilidad, conforme a la Ley 35/2006 del IRPF, de compensar las bases imponibles negativas y de utilizar las bases de deducción que le impute la AIE. En relación con las personas físicas que invierten en este tipo de estructuras, se trata casi siempre de profesionales que perciben altas retribuciones por el desempeño de su actividad, que logran de esta manera reducir de forma muy relevante su “factura fiscal”, pues la suma de la cuota que finalmente satisfacen por su IRPF y de los importes invertidos en el proyecto de I+D es muy inferior a la cuota del impuesto que le correspondería haber pagado de ordinario, introduciéndose así un claro elemento de regresividad en nuestro sistema fiscal que, por ahora, no parece haber generado preocupación alguna en los órganos encargados de definir la política tributaria del país.

Por tanto, los elementos subjetivos del esquema son cuatro: un investigador que quiere desarrollar

un proyecto para sí mismo, una AIE que le “encarga” su realización a cambio de un precio, unos socios que aportan fondos para su realización y un “estructurador” que se encarga de redactar los contratos por los que se rigen las relaciones entre todos ellos. En la estructura, es la AIE creada al efecto la que asume la titularidad del proyecto, encargando su realización, a cambio de un precio, al investigador que es quien está interesado en su realización y además cuenta con la capacidad técnica y organizativa para su desarrollo.

En cuanto al funcionamiento de la estructura, la primera cuestión que se plantea es como resulta posible que “salgan los números”, es decir, que quienes invierten 100 unidades monetarias en un proyecto de investigación y desarrollo consigan obtener créditos fiscales por un importe superior. En este sentido, considerando que el tipo máximo de la deducción por I+D alcanza el 42 por ciento y que el efecto en cuota de la compensación de una base imponible negativa alcanza, normalmente, el 25 por ciento de la misma, la anterior cuestión no es, ni mucho menos, secundaria.

El elemento esencial de estas estructuras de inversión en AIE de I+D, que hace viables las mismas, es que la inversión de la AIE en la actividad no provenga únicamente de los recursos propios aportados por sus socios. Esto es, si la actividad genera un retorno máximo en forma de ahorro fiscal de hasta 67 puntos porcentuales sobre la inversión, resulta imprescindible para que los inversores obtengan una rentabilidad, que se destinen al proyecto de I+D importes superiores a los aportados por ellos. Por ello, resulta imprescindible la obtención de financiación ajena, de un préstamo concedido a la AIE que esta pueda utilizar para pagar las facturas, principalmente la del investigador, pero también las de otros gastos entre los que destaca la retribución del estructurador, que no forma parte de la base de la deducción. Esta financiación ajena permite que la inversión en el proyecto sea muy superior a los fondos aportados por parte de los socios de la AIE, que no obstante hacen suyos todos los créditos fiscales generados por el mismo, tanto por la parte financiada por sus aportaciones como por la financiada con financiación ajena.

Lo especialmente particular en este caso, es que esa financiación ajena no puede ser objeto de devolución o, al menos, su devolución es algo inédito en la práctica de estas estructuras, y ello porque, como se desarrollará posteriormente, los proyectos de desarrollo de I+D que se sitúan en estas estructuras nunca van a generar ingresos que permitan la devolución del importe prestado.

Por ello, puesto que ningún operador independiente está dispuesto a prestar unos fondos que no van a ser objeto de devolución, es el propio investigador el que presta a la AIE unos fondos que van a ser utilizados para pagarle, a él mismo, el precio del proyecto. Ciertamente este es el elemento sin duda más controvertido del esquema, pues un préstamo que nunca va a ser objeto de devolución no es, por definición, un préstamo, sino otro negocio jurídico. Al mismo tiempo, un préstamo de un proveedor de servicios a su cliente implica simplemente una facilidad en el pago, pero si el mismo nunca va a llegar a producirse, resulta difícil asumir que el precio efectivamente se ha pagado por parte del cliente.

No obstante, esta “financiación inversa”, como se le denomina por algunos profesionales, ha sido aceptada expresamente por numerosas consultas de la DGT, que no plantean crítica alguna a su existencia (V2213-14, V2889-14, V4897-16, o V1824-18, entre otras) ni la califican como una aportación de capital a la AIE que generaría el derecho a la imputación de la parte proporcional de los créditos fiscales que genera. Ciertamente, este elemento es clave en el esquema, pues si la AIE no invierte en el proyecto más fondos que los aportados por los socios, resulta imposible que estos últimos obtengan rentabilidad por su inversión. Quizá con un ejemplo, lo anterior resulta más sencillo entender:

Imaginemos que un investigador quiere desarrollar un proyecto de I+D que tiene un coste de 100 u.m.. Se constituiría una AIE, que recibiría aportaciones de sus socios, contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades o del IRPF que desarrollen actividades económicas, por un total de, por ejemplo, 40 u.m. Además de los gastos del proyecto, la AIE debe financiar los gastos de “estructura”, que incluyen la retribución de los intermediarios, que ascienden a 20 u.m. La AIE debe, por tanto, obtener un préstamo de 80 u.m para cubrir sus costes, que le concede el propio investigador en forma de préstamo participativo.

Puesto que la AIE destina 100 u.m. a encargar el proyecto de I+D al investigador, esta será la base de su deducción, siendo el tipo normalmente del 42 por ciento al ser los gastos de la realización de dichas actividades superiores a la media de los efectuados en los 2 años anteriores, puesto que la AIE se acaba de constituir. Además, como la AIE soporta unos gastos de 120 y ningún ingreso, imputará a sus socios una base imponible negativa de 120, que tiene, de ordinario, un efecto en cuota de 30 u.m. En definitiva, los socios que han aportado 40 u.m. a la AIE se beneficiarán de una deducción de 42 u.m. y de una base imponible negativa de 30 u.m., obteniendo, de esta manera, una rentabilidad sobre su inversión inicial del 80 por ciento. Los socios personas físicas y jurídicas deben tributar por la rentabilidad obtenida y ello conforme a lo señalado por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en el informe reproducido en múltiples consultas de la DGT, esto es, por el ingreso financiero que obtienen una vez agoten, con los sucesivos ahorros en el pago de sus impuestos, el valor de la participación en la AIE, que vendrá dado *ab initio* determinado por las aportaciones realizadas.

Otro elemento esencial en el esquema y que se pone de manifiesto en el ejemplo anterior es que la AIE no llega a obtener ingresos derivados de los proyectos desarrollados. Ello se justifica en que, una vez finalizado el proyecto, la AIE que es titular de sus resultados pasará a ser propiedad del investigador, lo que se instrumenta a través de la existencia de opciones de compra y venta cruzadas que garantizan este resultado. Se trata de dos tipos de opciones:

- Una opción de compra de las participaciones de la AIE que se concede al investigador, por un precio simbólico o cercano a 0 €, lo que le garantiza el derecho a recuperar el proyecto en cuyos resultados tiene un interés, pues será quien lo utilice en desarrollos posteriores.
- Una opción de venta del proyecto de I+D de la que es titular la AIE, por la que tiene derecho a transmitirle al investigador el proyecto desarrollado por un precio que equivale normalmente al importe del préstamo pendiente concedido por éste. Se trata de una opción ejercitable en caso de que el investigador no ejerce la opción de compra mencionada, por lo que en definitiva su utilidad deriva de que permite a los socios limitar su responsabilidad sobre las deudas contraídas para el desarrollo de la actividad, garantizando así su indemnidad frente a posibles cambios de circunstancias en los participantes del proyecto.

Finalmente, a lo anterior debe añadirse un último elemento, como es la carencia absoluta de medios personales y materiales propios en sede de la AIE. Esta circunstancia ha sido reconocida expresamente por la DGT, que no considera que ello impida la utilización de la estructura, siendo admisible que la AIE subcontrate el cien por cien de las actividades que realice. Todas las consultas de la DGT exigen, no obstante, para que proceda la aplicación de la deducción, que la entidad que realiza el encargo adquiera la titularidad o los derechos sobre los resultados de las actividades de I+D+i, algo que formalmente se cumple al ser las participaciones de la AIE y no el resultado del proyecto, lo que es objeto de transmisión por el ejercicio de la opción de compra por parte del investigador.

IV. Los abusos identificados y la respuesta de la Administración tributaria

El esquema identificado, pese a plantear indudables cuestiones de encaje con el ordenamiento tributario español, ha sido admitido, como se ha dicho, por múltiples contestaciones vinculantes de la DGT a consultas planteadas por los contribuyentes, que sobre dicha base han llevado a cabo inversiones en la confianza de la legalidad de la utilización de estos esquemas. Se trata tanto de investigadores que han renunciado a sus créditos fiscales a cambio de financiación, como de inversores que han aportado fondos a AIE a cambio de una rentabilidad esperada, a través de estructuras que cumplían los elementos de los esquemas a los que se refieren las consultas de la DGT y sobre los que no se formula reparo y recalificación alguna.

No obstante, con el tiempo y el incremento de la competencia entre operadores, este esquema de

transmisión de créditos fiscales ha degenerado, en algunos casos, en un esquema de creación artificial de los mismos que resulta inadmisibile. Ello se ha conseguido, como se apuntaba anteriormente, introduciendo un nuevo elemento adicional sobre aquellos identificados y admitidos por las consultas de la DGT, como es que la facturación del investigador de los trabajos de I+D+i que le encarga la AIE y que se va a pagar, en su mayoría, con los fondos aportados por él mismo, se lleve a cabo por importes muy superiores a los gastos reales de la actividad.

Esta realidad, que muchas veces se identifica interesadamente por algunos operadores con la existencia de “márgenes en la facturación” o con la facturación de los proyectos a “valor de mercado” no se corresponde realmente con nada de eso, sino con una clara finalidad de incrementar artificialmente y sin coste fiscal, como veremos, los incentivos fiscales que se generan en el esquema. Ello se consigue de una forma muy sencilla: si la factura del investigador a la AIE se satisface en gran parte con la financiación inversa que proporciona el propio investigador, resulta posible inflar dicha factura, multiplicando el coste del proyecto por dos diez o incluso quince veces, para generar así una deducción y una base imponible mucho más grande.

Para facilitar su comprensión, podemos volver a utilizar los números del ejemplo anteriormente expuesto, en el que un investigador, que quiere desarrollar un proyecto de I+D para sí mismo con un coste de 100 u.m., no tiene capacidad para aprovechar los incentivos fiscales de la actividad y participa en un esquema de AIE.

Si la AIE, en lugar de destinar 100 u.m. al proyecto de I+D que tiene dicho coste, destinara 400 u.m., los créditos fiscales que el mismo generaría serían muy superiores, alcanzando un total de 168 u.m ($400 \times 0,42$) de deducciones y un efecto potencial a través de bases imponibles negativas de 100 u.m ($400 \times 0,25$). Adicionalmente, en un proyecto de esta magnitud, no sería nada raro en la práctica que los honorarios de los intermediarios se multiplicaran, pasando por ejemplo a un importe de 100 u.m., cuantía que no forma parte de la base de la deducción pero sin genera nuevas bases imponibles negativas en la AIE. Así, el total de créditos fiscales que generaría un esquema con este volumen de inversión sumaría un importe de 293 u.m, 168 de deducciones más bases imponibles negativas de 500, con un efecto en cuota de 125. Nada habría que objetar a este crecimiento de la inversión si no fuera porque el gasto en la actividad incentivada es el mismo, 100 u.m.

En cuanto a la financiación de esta supuesta inversión de 500 u.m, si se van a generar créditos fiscales por un total de 293 u.m, es razonable que los socios efectúen aportaciones superiores a las 40 u.m., llegando, por ejemplo, a un importe de 200 u.m, que coincide, simplificando, con la suma de la inversión total en I+D del proyecto y de los costes de estructura. Los socios, considerando estas magnitudes, conseguirían una rentabilidad ni mucho menos desdeñable, del 46,5 por ciento en un año.

Obviamente, si la AIE va a “destinar” 100 u.m a pagar gastos de estructura y otras 400 u.m, a encargar a un investigador un proyecto de I+D, pero sólo recibe 200 u.m de sus socios, se requiere que la financiación inversa alcance un total de 300 u.m., siendo este un importe que realmente no llega a salir de las cuentas del prestamista (el investigador) ni por supuesto se integra en las cuentas de la AIE, sino que se compensa, pues el prestamos de 300 que el investigador hace a la AIE lo utiliza esta para pagarle su factura.

Como puede verse, un mismo proyecto que habría recibido una financiación pública a través de deducciones de 42 u.m. y de bases imponibles negativas de 120 (efecto de 30 en cuota), pasa a costarle al erario público un total de 293 u.m.

Obviamente, el incentivo fiscal generado por una actividad incentivada no puede quedar en manos de los contribuyentes que los generan, sino que nos encontramos ante un claro falseamiento de las operaciones acogidas al esquema para incrementar los importes que reciben todos sus participantes. No obstante, como anticipábamos, los operadores defienden en algunos casos que la facturación del proyecto a importes muy superiores a los de sus costes responde a su “valor de mercado” y a la legítima finalidad de

cualquier operador económico de obtener beneficios en el desempeño de su actividad. Ambos argumentos son falaces, como se expondrá a continuación.

En primer lugar, debe dejarse claro que no nos encontramos ante un problema valorativo, pues este margen comercial se fija entre partes no vinculadas a los efectos del artículo 18 de la LIS. Además, si aplicáramos la metodología de valoración de los precios de transferencia a este tipo de operaciones deberíamos definir las funciones, activos y riesgos que asume cada participante en el esquema a efectos de identificar una retribución “de mercado” por su intervención, sin que parezca razonable que un investigador que utiliza un esquema para obtener financiación, obtenga, además de la misma, un supuesto beneficio por esta actividad.

Nos encontramos, por el contrario, ante una cuestión conceptual, pues la existencia de los mal llamados “márgenes”, que implican normalmente multiplicar su coste varias veces, carece absolutamente de sentido desde un punto de vista económico en este esquema. En efecto, facturar a través de este esquema importes superiores a los gastos del proyecto sólo responde a la finalidad de inflar artificialmente tanto la base de deducción por actividades de I+D imputada a los socios como las bases imponibles negativas derivadas de dicha actividad. Y es que no podemos olvidar que, conforme al esquema expuesto, el investigador es quien asume en última instancia el riesgo o los beneficios derivados de la actividad, pues es quien adquirirá las participaciones de la AIE a la finalización del proyecto y con ello, los resultados de la actividad. Quien desarrolla una actividad de prestación de servicios de I+D por encargo de un tercero tiene derecho a establecer el margen que libremente considere y que acepte su cliente, pues dicho margen representará el resultado económico de su actividad. Sin embargo, bajo el presente esquema el investigador desarrolla una actividad cuyos resultados terminará asumiendo, actividad que estructura a través de la AIE para obtener financiación a cambio de los créditos fiscales que le corresponderían por su realización.

Además, no debemos olvidar, que no sólo el investigador desarrolla el proyecto para hacerlo suyo, sino que se encarga de pagar la gran mayoría de su coste a través de un préstamo que sabe que nunca le será devuelto. ¿Puede tener sentido económico que un investigador facture, a través de este esquema, un importe muy superior al del coste que necesita financiar, si finalmente es él mismo quien deberá pagarlo? Pues bien, si unimos a ese flujo circular de fondos, el hecho de que los mismos no se destinen en el importe inflado al desarrollo de la actividad incentivada, sino a incrementar la rentabilidad de los socios inversores, a pagar las elevadas facturas de los intermediarios y a reducir la aportación de fondos por parte del investigador, queda patente el abuso cometido. De esta manera, el margen comercial que se defiende por algunos operadores y que responde según ellos al “valor de mercado” del proyecto, es un margen que elige el investigador libremente, y que se le paga con su propio dinero (aportado vía financiación inversa) por un proyecto que desarrolla y cuyos resultados asumirá el propio investigador. Este flujo circular de fondos ni siquiera requiere del movimiento efectivo de dinero, pues basta con escribir la cifra que se quiera como precio por el desarrollo del proyecto de I+D, y proceder a su pago al investigador con los fondos que previamente ha aportado a la AIE vía financiación inversa. De hecho, si llevar a cabo esta sobrefacturación resultara posible, lo cierto es que la misma no tendría límite alguno, pues nada impediría a los operadores multiplicar por cien los costes del proyecto en la factura que emiten a la AIE.

Además, aunque podría pensarse que esta mecánica llevaría a tributar al investigador por el margen aplicado, en la práctica dicha tributación no llega a producirse, pues con frecuencia dicho ingreso se compensa con las pérdidas derivadas de la falta de recuperación de la AIE de los fondos prestados a través de la financiación inversa. En efecto, en el esquema expuesto, la financiación inversa concedida a la AIE deviene irrecuperable, lo que le genera irremediamente una pérdida al investigador, que utiliza para compensar los ingresos anteriores. La deducción de esta pérdida pone de manifiesto un evidente doble aprovechamiento de unos mismos gastos, los asumidos por la AIE, algo que resulta inadmisibles tanto si el esquema no es objeto de un uso abusivo y la factura del investigador se limita al coste del proyecto, como si los importes facturados se multiplican, como en los ejemplos que se vienen exponiendo. En estos casos, la correcta regularización de los abusos identificados debe llevar a eliminar el ingreso del investigador correspondiente a la sobrefacturación a la AIE, así como a eliminar también el exceso de financiación

inversa que se utiliza para simular su pago.

La respuesta que desde la Inspección financiera y tributaria de la AEAT se ha dado frente a estas conductas puede identificarse en algunas sentencias de Tribunal Superiores de Justicia y, en particular, en resoluciones publicadas del Tribunal Económico-Administrativo Central.

La misma se deja entrever también en las propias directrices del Plan de Control Tributario y Aduanero, que publica anualmente la AEAT en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 170 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 Real Decreto 1065/2007. En las directrices correspondientes a 2026 se señala lo siguiente:

En particular, se mantendrá especial énfasis en el control de las agrupaciones de interés económico como vehículo para canalizar las deducciones u otros beneficios fiscales. La utilización de este tipo de estructuras sólo resulta posible en los supuestos y con las condiciones contempladas en el ordenamiento jurídico y conforme a la doctrina administrativa vinculante, y a través de las especialidades de su régimen fiscal específico se favorece la entrada de inversores particulares en la financiación de los proyectos de que se trate. Es por ello que son muy utilizadas en diversos ámbitos y sectores, como la investigación y desarrollo e innovación tecnológica o en producciones cinematográficas, series audiovisuales y espectáculos en vivo de artes escénicas y musicales. Ahora bien, debe comprobarse por parte de la Agencia Tributaria la utilización ilegal de estas estructuras cuando son utilizadas con una finalidad claramente abusiva, generando artificialmente los gastos que dan lugar a los beneficios fiscales, ya sea mediante sobrevaloraciones ficticias o incluso utilizando facturación irregular, haciendo un indebido reparto de ingresos y gastos o una división artificial de actividades. La comprobación alcanzará igualmente a los inversores, al objeto de determinar si han declarado adecuadamente los créditos fiscales procedentes de la entidad y la rentabilidad que, en su caso, hubieran obtenido.

Se trata, por tanto, de un enfoque muy distinto del que motivó algunas regularizaciones dictadas hace ya muchos años frente a los esquemas de inversión, a través de AIE, en actividades como el cine, que en su momento discutían la condición de productor de una AIE sin medios para llevar a cabo una producción audiovisual. Dichas regularizaciones fueron abandonadas a la vista de los cambios normativos producidos en el sector y han sido finalmente anuladas por la Audiencia Nacional en diversas sentencias dictadas a partir de principios del año 2025. Así, mientras las liquidaciones anuladas por la Audiencia Nacional se basaban en considerar que la AIE nunca tuvo la condición de productor y, por tanto, nunca pudo generar deducciones por actividades cinematográficas, las regularizaciones dictadas por la Inspección frente a las AIE de I+D reconocen a la AIE la condición de investigador, limitándose a no reconocer la parte de la deducción y de las bases imponibles negativas imputadas a sus socios que no se corresponden con gastos reales en el proyecto de I+D.

Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), que ha dictado múltiples resoluciones confirmando regularizaciones de la inspección en la línea identificada, aunque la mayoría de ellas no han sido publicadas.

Puede destacarse en este sentido la Resolución del TEAC [de 19 de noviembre de 2024 \(RG 00-2397-2024\)](#) publicada en su base de datos. La regularización inspectora consistió en admitir como base de la deducción por actividades de I+D prevista en el artículo 35 de la LIS y como gastos deducibles en la base imponible de la AIE, **exclusivamente aquellos que correspondieran a gastos reales afectos al proyecto**, declarándose la **simulación de los servicios facturados** por el investigador a la AIE **que no se correspondían con gastos reales** del proyecto de I+D. De dicha Resolución pueden destacarse las siguientes consideraciones

“Es claro, a juicio de este TEAC, que, en el presente caso, a la vista de la liquidación dictada, no se discute ni se rechaza por la Inspección que el obligado tributario haya utilizado, para llevar a cabo un proyecto de I+D, esta forma de financiación en que consiste el referido como "mecenazgo tecnológico", sino el haberlo hecho de forma fraudulenta, inflándose por el investigador, con la connivencia de los inversores de la AIE y de esta, las facturas emitidas para, de esta forma, incrementar los créditos fiscales que finalmente, a través de la imputación, corresponderán a tales inversores o partícipes.

(...).

DÉCIMO TERCERO. En definitiva, este TEAC comparte, pues, la conclusión alcanzada por el TEAR que valida la actuación y el criterio de la Inspección en relación a la no deducibilidad de un gasto que, aunque se encuentre documentado en las correspondientes facturas y exista un contrato de prestación de servicios que le sirva de soporte, no se trata de un gasto que sea real, habiendo quedado suficientemente acreditada esa falta de realidad (simulación) en el acuerdo liquidatorio, en el que se fundamenta detalladamente, cómo, por un lado, el contrato de crédito celebrado entre el SPONSOR y la AIE puede calificarse como un contrato simulado que no obedece a otra finalidad que la de dotar a la AIE de una aparente capacidad económica - necesaria para sufragar el pago de estas facturas infladas- que de otro modo no tendría y como por otro, las facturas emitidas por el SPONSOR y recibidas por la AIE, existe una simulación absoluta pues lo que se está retribuyendo al SPONSOR es su participación en la creación y generación de estos créditos fiscales ficticios.

Como se ha dicho ya anteriormente, el esquema definido por las consultas de la DGT, tal y como reconoce la inspección en el caso revisado por la Resolución del TEAC parcialmente reproducida, permite garantizar la financiación del I+D en sede del investigador y proporcionar a los socios una rentabilidad nada despreciable en un periodo de menos de un año. Se respeta así el contenido de las contestaciones vinculantes de la DGT a las consultas planteadas por los contribuyentes, que participaron en estos esquemas a la vista del contenido de las mismas. Tales consultas, como se viene repitiendo, lo que permiten es garantizar y anticipar el aprovechamiento de los créditos fiscales que genera una actividad incentivada, facilitando su transmisión por un precio a unos inversores que sólo buscan ahorrar, con esa inversión, un importe superior al invertido, y que tributan, a su vez, por esta rentabilidad. Esta línea de facilitar la transmisión de créditos fiscales ha sido continuada por el legislador a través del mecanismo previsto en el apartado 7 del artículo 39 de la LIS, que permite transmitir las deducciones que genera la producción cinematográfica y de series audiovisuales a quien financie la misma, sin necesidad de AIE.

No obstante, lo que ni el ordenamiento tributario ni mucho menos las consultas de la DGT permiten, y así se ha encargado de señalarlo la Inspección, es que se infle artificialmente el importe de la inversión en I+D para multiplicar los créditos fiscales que se generan con cargo a la Hacienda Pública y que terminan destinándose, no a una mayor inversión en la actividad incentivada, sino a pagar mayores rentabilidades a los inversores, mayores facturas de los intermediarios que estructuran la operación y a que la aportación del investigador en el desarrollo del proyecto sea inferior.