

## ANÁLISIS DE LA EXENCIÓN SOBRE LA PLUSVALÍA DERIVADA DE LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES (Art 21.3 LIS) EN EL SECTOR DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

### Punto de partida – resumen de la cuestión y problemática.

El pasado año 2021 la Dirección General de Tributos sorprendió a la gran mayoría del sector de energías renovables con la interpretación realizada en la Consulta V2265-21, en relación con la aplicación de la exención recogida en el artículo 21.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), y en la que pone de manifiesto un cambio de criterio administrativo sobre una materia que se pensaba pacífica.

Como es sabido, el motivo de la consulta era la transmisión de una entidad participada (SPV - filial<sup>1</sup>) en la que se desarrollaba un proyecto de parque fotovoltaico en fase *ready to build* (RTB) y sobre la que se pretendía aplicar la exención recogida en el artículo 21.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades sobre la ganancia obtenida en dicha transmisión, y que asciende al 95% de la misma.

La interpretación realizada por la Dirección General de Tributos (DGT) en dicha consulta consternó a una gran parte del sector, tanto por lo inesperado de la contestación, como por las implicaciones que conlleva. En resumen, esta concluía que era inaplicable la exención recogida en el artículo 21.3 LIS, por considerar que la entidad transmitida era una entidad patrimonial a los efectos del artículo 5 LIS.

El razonamiento que lleva al Centro Directivo a concluir que la entidad tiene el carácter de patrimonial se basa en el inicio material de la actividad económica. El Centro directivo razona que, al no haber iniciado la filial materialmente la promoción de la planta solar, no se puede entender que exista una actividad económica, ni siquiera en fase preparatoria, por lo que los activos de la entidad no estarían afectos a esta, por inexistencia de la misma.

Esta interpretación produce una distorsión enorme a nivel de inversión en este sector, que, recordemos, forma parte de los sectores estratégicos ODS<sup>2</sup>, y que en la actualidad, conforme a los datos del ejercicio 2021, supone el 1,58% del PIB español<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> SPV: Vehículo de Propósito Especial en sus siglas en inglés (*Special Purpose Vehicle*)

<sup>2</sup> Objetivos de Desarrollo Sostenible. En concreto, el objetivo 7 recogido en la Agenda 2030.

<sup>3</sup> Estudio realizado por (APPA) Asociación de Empresas de Energías Renovables: "[Las renovables plantan cara a la crisis energética: más de 110.000 empleos y un 1,58% del PIB nacional - APPA Renovables](#)" publicados por Europapress el 23 de noviembre de 2022.

El razonamiento ofrecido por la Dirección General de Tributos, o más bien la falta de este, resulta en extremo simplista. Parece en cambio necesario un mayor esfuerzo de razonamiento y un mayor esfuerzo dialectico en la motivación de lo que se concluye, a riesgo de contravenir -como consideramos que así hace- el espíritu de la norma, el motivo de la exención, la jurisprudencia relativa a las actividades preparatorias y la doctrina relativa al examen de patrimonialidad de la sociedad atendiendo a los elementos materiales del grupo de sociedades. Cuestiones todas, que se dejan inexcusablemente al margen del análisis y que generan, a la postre, una gran inseguridad jurídica y unos elevados costes fiscales en el sector de las energías renovables.

No obstante, como posteriormente se analizará, la propia DGT ha modificado su criterio respecto a las actividades preparatorias y al alcance de la exención del artículo 21.3 LIS en su reciente Consulta V0863-23.

### **Entidad patrimonial en la LIS.**

Tras la consulta vinculante de 2021, como hemos señalado, el *quid* de la cuestión radica en la consideración como patrimonial de la entidad que se transmite, analizando si los activos están afectos a la actividad de promoción de la planta solar y posterior producción, transporte y distribución de energía.

Habría que cuestionarse si la interpretación realizada por la Dirección General de Tributos obvia la realidad del mercado, ya que, en el sector de energías renovables, la fase preparatoria reviste la suficiente entidad como para llegar a considerarla en sí misma una actividad económica; no sólo por el riesgo que implica, sino por la elevada carga económica y de trabajo que se requiere para obtener, dentro del sector regulado que es, los correspondientes permisos, licencias, contratos, etc. que la futura actividad requiere para su inicio efectivo.

Al margen de estos razonamientos, debemos recordar que la inclusión del régimen de entidades patrimoniales en la Ley del Impuesto sobre Sociedades tuvo su origen en la supresión del régimen de transparencia fiscal,<sup>4</sup> manteniendo la calificación de entidades patrimoniales en la LIS de una forma residual y con la exclusiva intención de impedir el acceso a estas sociedades, patrimoniales o de inversión, a determinados incentivos fiscales previstos en la normativa.

Entre los beneficios fiscales que quedan vedados a este tipo de entidades, se encuentra el relativo a la exención regulada en el artículo 21.3 LIS; haciéndose necesario, en consecuencia, un análisis de la afeción de los elementos del patrimonio de la sociedad transmitida al desarrollo de una actividad económica.

---

<sup>4</sup> Modificación introducida por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, que suprime el régimen de imputación de rentas a los socios, y aplica un nuevo régimen a aquellas sociedades de cartera o de mera tenencia de bienes. Esta modificación responde a la pérdida de motivación que había llevado a su inclusión (hacer tributar en sede de la sociedad como si tributaran en sede del socio) derivado de la modificación de la Ley del IRPF. En concreto en el preámbulo de la Ley 35/2003 del IRPF se justifica la derogación de dicho régimen fiscal especial: "Por lo que se refiere a la supresión del régimen de las sociedades patrimoniales, [...] Este régimen estaba construido de forma tal que se alcanzase en sede de la sociedad patrimonial una tributación única equivalente a la que hubiere resultado de obtener los socios directamente esas rentas, [...] por cuanto se unifica el tratamiento fiscal del ahorro cualquiera que sea el origen del mismo, lo cual motiva una tributación autónoma de ambos impuestos no estando, por tanto, justificada la integración que representa el régimen de las sociedades patrimoniales."

### **Concepto de Actividad Económica. Momento de inicio de la actividad económica. Actividades preparatorias.**

Si bien el concepto de actividad económica, así como el de actividades preparatorias (ambos en relación con la calificación de entidades patrimoniales), ha sido interpretado por la jurisprudencia y la doctrina, todavía es un tema abierto en el que, en muchos aspectos, todavía no existe una seguridad jurídica en cuanto a su aplicación.

Los parámetros para determinar la existencia de actividad económica, conforme a lo estipulado en el artículo 5 LIS son:

- (i) Ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de alguno de ellos,
- (ii) La finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios; y,
- (iii) En el supuesto de entidades que formen parte de un mismo grupo, estos parámetros se han de revisar den el seno de dicho grupo.

Estos parámetros han sido objeto de análisis en la abundante jurisprudencia existente al respecto, así como en la propia doctrina de la DGT, sobre todo en relación con las actividades preparatorias<sup>5</sup>. Este concepto (actividades preparatorias) ha tenido una interpretación errática, siendo en ocasiones admitidas como parte del desarrollo de una actividad económica por tratarse de eslabones de la actividad, anteriores a la fase de ejecución material de las obras (pero en todo caso, verdadera actividad económica), y considerando en otros supuestos que no se desarrollaba actividad económica alguna, precisamente por no haber concluido en una actividad real.

Según esta doctrina y jurisprudencia, la consideración o no de las actividades preparatorias como actividades económicas, vendría determinada por la concurrencia de una serie de indicios convincentes que permitan sostener que ya en la fase preparatoria se verifica que existe una clara voluntad de realizar la actividad.<sup>6</sup>

Del análisis de lo que el texto legal (art. 5 LIS) entiende por actividad económica, (y en concreto de lo referido a la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos) cabe concluir que -para la generalidad de los casos- lo propio de la misma es la asunción del riesgo empresarial, y no tanto la necesidad de que los medios sean propios o ajenos: cabe perfectamente una ordenación por cuenta propia de medios externos, es decir, que no figuran en el activo societario, sino que se subcontratan en el mercado. Por tanto, el desarrollo de una actividad económica no exige la propiedad de los medios materiales y/o

---

<sup>5</sup> Entre otras Vid. Consultas Vinculantes 2931/2016, 3707/2015, 5041/2016, en este mismo Sentido Sentencia de la Audiencia Nacional 2124/2015 de 28 de mayo, también Sentencia del Tribunal Supremo 3312/2016 de 29 de junio, y la Sentencia de la Audiencia Nacional 3687/2021 del 15 de julio, entre otras.

<sup>6</sup> En este sentido citar las Consultas Vinculantes 2329/2016, 2100/2020; las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central 2745/2006 y 2106/2013; así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional 3687/2021 de 15 de julio de 2021 (Vid. nota 6), todas ellas sobre la actividad preparatoria de la actividad de promoción inmobiliaria.

personales por la entidad que la ejerce, sino que la misma asuma el riesgo inevitablemente ligado a esa ordenación de medios para intervenir en el mercado, sean estos propios o ajenos.

Y por lo que se refiere a la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios, parece evidente que el concepto clave es el de finalidad, y no la constatación de una efectiva intervención en el mercado en cualquier momento del tiempo, incluido el inicial. Las actividades económicas no se implementan al margen del tiempo, ni surgen de varitas mágicas como la carroza de Cenicienta; requieren actividades previas -más o menos significativas por su tiempo, complejidad y peso económico-; y precisamente por ello, la norma impone la verificación de esa finalidad, también en la fase preparatoria, para incorporarla como parte de la actividad económica. En pocas palabras, lo relevante es probar la voluntad de la intervención futura en el mercado, no presentar ventas efectivas.

No obstante, la Consulta Vinculante de 2021 se aparta del criterio mantenido tanto por la administración como por los Tribunales en relación con las actividades preparatorias, considerando patrimonial a una entidad que, habiendo obtenido todos los permisos y licencias, va a iniciar la segunda fase del proyecto que implica una mayor inversión de capitales (la propia construcción del parque), y que tendrá como fin inexorable el desarrollo de la actividad de producción eléctrica. Una vez obtenidos los permisos, licencias, contratos de arrendamiento de tierras, etc., el proyecto estaría perfectamente definido para su ejecución y únicamente faltará la construcción material para alcanzar la fase final de la actividad, esto es, la producción de energía.

A estos efectos, no se puede negar que la actividad de producción de energía eléctrica de origen renovable exige en su fase inicial una implicación extraordinaria y sostenida en términos de personal, tiempo y dinero, asumiendo el operador el riesgo de que el parque llegue o no a buen término (basta mencionar los muchos proyectos que no llegan a alcanzar viabilidad por no llegar a obtener informe favorable en la Declaración de Impacto Ambiental). En el mismo sentido, implica profesionales diversos y especializados en diferentes materias (ingenieros, profesionales que negocien terrenos en alquiler, abogados especializados, etc.).

Todo lo anterior hace, en el fondo, irrelevante que el parque cuya transmisión se opera a través de la venta de participaciones en la SPV que lo contiene haya alcanzado o no el estatus de *Ready to Build*: lo relevante es probar la voluntad de intervenir finalmente en el mercado (aunque es evidente que cuanto más cerca se encuentre un proyecto de su finalización material, más fácil resulta verificar su propósito de operar en el mercado al que se dirige).

La Consulta mencionada no analiza esta doctrina y jurisprudencia, ni examina los puntos establecidos en la normativa a la hora de determinar si se ejerce o no actividad económica, aludiendo únicamente al inicio material de la ejecución de las obras y excluyendo así las actividades preparatorias como parte imprescindible de una (y única) actividad económica.

Este argumento reproduce el criterio de anteriores consultas vinculantes, y en concreto de la Consulta V2100-20. La conclusión vertida en la misma es que no cualquier actuación previa se ha de considerar como actividad económica. En concreto, el supuesto consultado versa sobre la promoción de unos terrenos sobre los que se pretendía una modificación aislada del PGOU; fracasado su intento de modificación del plan urbano, la entidad matriz decide transmitir la sociedad promotora que es propietaria del terreno.

Salta a la vista que los hechos considerados son muy diferentes de los que dan lugar a la consulta de 2021 ya que en el caso de 2020 el único activo de la sociedad es un bien inmueble en el que no se ha desarrollado la actividad de promoción, no por imposibilidad, sino por falta de una modificación del plan general urbano en el sentido pretendido por la sociedad, sin que exista en este caso apenas actuaciones preparatorias.

En definitiva, el criterio de la DGT que se esgrimió en el año 2020 viene a coincidir con el criterio mantenido por el Tribunal Supremo y por la propia DGT, ya que no es admisible cualquier trámite para considerar que se está realizando una actividad preparatoria de una actividad económica. En concreto, en el asunto analizado en el año 2020, se transmite un terreno bajo el paraguas societario, siendo la plusvalía que se pone de manifiesto con la transmisión de las participaciones la propia del terreno, por las características de este. En este contexto se entiende la posición de la DGT al no permitir la aplicación de la exención por doble imposición del artículo 21.3 LIS, toda vez que, la transmisión de la sociedad filial transmite en realidad un bien patrimonial que no tiene una clara relación con una determinada actividad, sino que responde a un fin de inversión.

Existe en consecuencia una clara diferencia entre la transmisión de una entidad en la que se desarrolla una actividad económica en fase preparatoria, cuya plusvalía deriva precisamente de dicha actividad preparatoria, tendente a intervenir en el mercado en un momento futuro y por mor generadora de valor en el presente, del supuesto planteado en el año 2020, en el que lo que se transmite es un terreno cuya plusvalía implícita no trae origen del valor añadido por la actividad preparatoria, sino por el alza de precios del propio mercado.

#### **Cambio de criterio administrativo. Ausencia de motivación.**

Finalmente, la interpretación realizada en la Consulta Vinculante del año 2021 generó confusión y sorpresa, ya que supuso revisar un criterio que se entendía pacífico, contradiciendo los criterios que ya había asentado la propia DGT en consultas precedentes (Vid. V3707-15 y V2931-16). Esta situación supone un problema práctico a la hora de asumir el criterio de la Dirección General, ya que el artículo 68 del Real Decreto 1065/2007 exige que el centro directivo hubiera manifestado que se trataba de un cambio de criterio y motivara dicho cambio para su correcta aplicación y vinculación a la Inspección de Hacienda, dejando actualmente a la arbitrariedad del operador jurídico la interpretación de este precepto complejo.

La Dirección General de Tributos sólo deja abierta la posibilidad de que no se considere que se ha producido un cambio de criterio, y por tanto que ambas interpretaciones sean válidas y deban coexistir pacíficamente en el ordenamiento jurídico por tratarse de supuestos distintos, lo que parece en la práctica imposible de conciliar.

#### **La interpretación de la norma navarra.**

La normativa navarra, de redacción similar a la común (artículo 8 y 35 de la Ley Foral 26/2016 del Impuesto sobre Sociedades), fue interpretada por la Hacienda Foral Navarra en resolución de su Consulta de 17 de octubre de 2022, apoyándose en un criterio de actividad económica que considera el grupo de sociedades en lo referido a los medios de producción y recursos humanos, debiéndose verificar a nivel de grupo para determinar la afección de los activos al desarrollo de la actividad económica.

En la propia consulta se detallan las fases del desarrollo del parque eólico o planta fotovoltaica que deben tenerse en consideración en la cadena de valor empresarial en este sector, y que suele dividirse en tres fases: (i) la fase de desarrollo (arrendamiento o aseguramiento del terreno, medición de los recursos eólicos y/o solares, obtención de licencias y permisos, realización de estudios medioambientales, declaración de impacto ambiental, etc.); (ii) la fase de construcción de la planta (ejecución material de las obras); y, (iii) la fase explotación del parque eólico o planta fotovoltaica.

En este sentido, la Hacienda Foral salva la aplicación de la exención por la transmisión de participaciones de SPVs que encapsulan proyectos de energía renovables en fase RTB, por entender que la actividad preparatoria de desarrollo del parque eólico tiene la suficiente entidad como para considerar que se estaría desarrollando una actividad económica que se corresponde con la actividad económica desarrollada por el Grupo de sociedad del que forma parte.

**Nuevo criterio de la Dirección General de Tributos sobre las actividades preparatorias. Aplicación al sector de renovables.**

Recientemente, la Dirección General de Tributos en su Consulta Vinculante V0863-23 de 12 de abril, se pronuncia con un cambio de criterio respecto a las actividades preparatorias, volviendo a la doctrina y jurisprudencia anterior a su consulta de 2021, pronunciándose a favor de la aplicación de la exención sobre la venta de participaciones de una entidad filial en el caso de que esta desarrolle una actividad preparatoria sin que se haya iniciado la ejecución material de dicha actividad (el asunto planteado se refiere al sector del desarrollo de los juegos on-line).

Esta consulta viene a hacer suyos los razonamientos de la jurisprudencia y doctrina relativa a las actividades preparatorias para determinar si se ha producido o no el inicio de la actividad económica y por tanto para pronunciarse sobre la afección de los activos al desarrollo de esta y del carácter patrimonial de la entidad filial transmitida. Así, retoma el criterio mantenido hasta la Consulta del 2021, y señala que en el caso planteado en la consulta, las actividades desarrolladas con carácter previo a la explotación del juego on-line suponen indicios suficientes para considerar que los trabajos efectuados en el seno de la actividad de desarrollo de juegos on-line se corresponden con *“un eslabón de la referida actividad comercial que ha determinado una secuencia de actuaciones claramente tendentes a la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado”*, alejándose en este caso del criterio señalado en la Consulta V2265-21, en la que entendía que sin ejecución material no existía actividad económica.

Del análisis de la consulta, tanto de los supuestos de hecho expuestos en la misma, como de la contestación vertida, entendemos que su aplicación en el sector de la renovables es perfectamente razonable.

Finalmente, la propia consulta termina señalando -y haciendo especial énfasis en ello- que la aplicación de la exención respecto a este tipo de situación dependerá de la prueba y la valoración que se efectúa sobre la misma, en cuanto al desarrollo de actividades preparatorias que impliquen el desarrollo de una actividad económica.

Este pronunciamiento esclarece la situación generada por la consulta V2265-21, y vuelve a situar la exención en el criterio interpretativo anterior, dando una mayor seguridad jurídica. En todo caso, no se ha de perder de vista que:

- (i) En la consulta del 2023 se está tratado de un sector distinto al de las energías renovables, cuyo criterio entendemos plenamente trasladable pero que podría plantear dificultades en una eventual aplicación de la exención y posterior revisión por parte de la Administración;
- (ii) La consulta del 2021 se pronunció específicamente sobre SPVs mantenidas para la venta en fase RTB, lo que puede hacer que los operadores jurídicos encargados de la revisión de la aplicación de la exención (inspección y Tribunales Económicos Administrativos) inapliquen el criterio de esta última consulta (2023) en favor de aquella otra por no considerarla un cambio de criterio; y,
- (iii) Como señala la consulta del año 2023, se ha de justificar mediante los medios de prueba pertinentes, el desarrollo de una actividad preparatoria que tenga una entidad suficiente como para considerar que en realidad se está desarrollando una actividad económica en su fase preparatoria.

En definitiva, nos movemos en escenarios que dependen de la prueba propuesta y ante operadores jurídicos que no tienen un criterio claro y único de aplicación; y, sobre todo, ante transacciones de elevado importe que implican consecuencias tributarias significativas, como es el caso del sector de las renovables, lo que nunca ha resultado irrelevante a la hora de que la Administración se decante por uno u otro criterio, cuando los mismos sean dispares.

No obstante lo anterior, a la vista de este nuevo criterio administrativo favorable a la aplicación del 21.3 LIS, en caso de que fuera planteada en una eventual regularización y posterior apertura de procedimiento sancionador, atendiendo a esta disparidad de criterios emitidos por la propia DGT, entendemos que no procedería la imposición de sanción alguna, siendo alegable una duda razonable en la interpretación de la norma.

Esta situación va a generar una litigiosidad mayor de la deseada, tanto por la solicitud de rectificación de autoliquidaciones derivadas de la aplicación del criterio anterior, como por las eventuales regularizaciones de Hacienda en autoliquidaciones en las que el contribuyente aplique el nuevo criterio. En consecuencia, habrá que estar atentos a nuevos pronunciamientos sobre la materia- en especial sobre los casos concretos de la aplicación de esta exención en el sector de las renovables- así como pronunciamientos sobre la calificación de actividad económica atendiendo al desarrollo de esta a nivel de grupo (cuestión esta última, que a diferencia de Navarra, se ha quedado pendiente de examen por la DGT en su última resolución). Los Tribunales, como de costumbre, tendrán la última palabra.

28 de junio de 2023

Área Fiscal de Zurbarán Abogados