

LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE FUSIONES Y ESCISIONES EN EL IS TRÁTÁNDOSE DE OPERACIONES REALIZADAS CON FINES DE FRAUDE O EVASIÓN FISCAL. LA EXISTENCIA DE MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS¹

JUAN CALVO VÉRGEZ (*)

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. ALCANCE DE LA NORMATIVA COMUNITARIA.

Como seguramente se recordará el apartado 2 del art. 110 de la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS) contenía una norma destinada a evitar el uso ilegítimo de la aplicación del régimen especial de fusiones y escisiones previsto en el citado Impuesto en virtud de la cual si, como consecuencia de la comprobación llevada a cabo por la Administración, ésta probase que las operaciones se realizaron con fines de fraude o de evasión fiscal, podría acordarse la pérdida del derecho a la aplicación del régimen especial.

Sabido es además que el citado régimen especial no es objeto de concesión o de autorización por parte de la Administración tributaria, siendo suficiente con comunicar la opción por el mismo. A pesar de ello, en el supuesto de que se acreditase que las operaciones tuviesen como finalidad el fraude o la evasión fiscal, la Administración podría impedir la aplicación del régimen especial, haciendo así tributar las rentas manifestadas con motivo de la realización de la operación.

A través de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas (que derogó la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas), y cuyos Títulos I y II fueron, a su vez, objeto de derogación por la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (IS), tuvo lugar la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los mandatos contenidos en la Directiva 90/434/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones re-

alizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. A través de la aplicación de dicha Directiva se perseguía evitar la imposición de una penalización impositiva a esta clase de operaciones, que presentan un carácter necesario y que no pueden verse obstaculizadas como consecuencia del establecimiento de diversas restricciones, desventajas o distorsiones². Muy al contrario, y tal como declaró la Audiencia Nacional (AN) en su Sentencia de 2 de julio de 2007, estas operaciones han de estar guiadas por un conjunto de normas fiscales neutras.

En líneas generales la principal finalidad perseguida por la citada Directiva se concretaba en facilitar que las empresas europeas se reorganicen de cara a poder redimensionarse a escala continental. Así, y por lo que respecta a nuestro ordenamiento, su transposición habría de proyectarse sobre las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones, las sociedades de responsabilidad limitada y sobre aquellas entidades de Derecho Público que operen en régimen de Derecho Privado, tal y como se señalaba además en el Anexo de la misma.

Adicionalmente, y como consecuencia de la reforma llevada a cabo en dicho Anexo por la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, su aplicación habría de incidir sobre aquellas sociedades que se constituyeron al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001,

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "LA COORDINACIÓN FISCAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO DE RÉGIMEN COMÚN" (DER2012-39342-C03-03) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. D. Juan Calvo Vérguez.

² Tal y como se afirmaba en el Considerando noveno de la citada Directiva "Conviene prever la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación de la presente Directiva cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal (...)".

(*) Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura

por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa la regulación del citado Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo referente a la implicación de los trabajadores. Finalmente, también habría de afectar a las sociedades cooperativas constituidas al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se viene a completar dicho Estatuto en lo relativo a la implicación de los trabajadores.

Hasta fechas relativamente recientes el régimen tributario especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores fue objeto de regulación en los arts. 83 y siguientes del antiguo Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS). Muchos de estos preceptos fueron asimismo modificados como consecuencia de la aprobación de la Ley 25/2006, de 17 de julio, que modificó el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario, aprobándose diversas medidas tributarias destinadas a la financiación sanitaria y al sector del transporte por carretera. La citada Ley fue dictada con el objetivo de dar cumplimiento a las previsiones que establecía la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005.

Se pretendía concretamente el establecimiento de un régimen de neutralidad fiscal aplicable a aquellas rentas determinadas en operaciones de reestructuración empresarial y consistente en un diferimiento de su tributación hasta que se produzca la transmisión posterior de los elementos patrimoniales y de las participaciones en el capital de las sociedades que hubieran sido objeto de transacción. Como bien declaró el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en su Resolución de 17 de mayo de 2007, lo que se perseguía era que en las operaciones de concentración empresarial que se justificasen por motivos económicos, reducción de costes, mejora de la productividad, penetración en nuevos merca-

dos, etc., la fiscalidad no represente un freno a las tomas de decisiones sobre las mismas. De este modo el TEAC, a través de la vía del fraude de ley, declaró la improcedencia de la deducción de los intereses correspondientes a los préstamos tomados con la finalidad de financiar la adquisición de la participación sobre entidades del grupo mercantil a otras entidades pertenecientes al propio grupo mercantil. Tal y como precisó el Tribunal, en el concreto supuesto analizado quedó probada la existencia de un conjunto de negocios jurídicos, todos ellos válidos en sí mismos individualmente considerados pero que, tomados en su conjunto, no parecían tener otra finalidad que la de crear un artificio con la finalidad de lograr una disminución ilegítima de la deuda tributaria. Estimó además el TEAC que el obligado tributario no probó en ningún momento que la realización de los negocios jurídicos acometidos respondiera a una estrategia económica o comercial válida, señalándose a resultas de lo anterior que había sido defraudado el art. 4 del TRLIS, regulador del hecho imponible del Impuesto, con la cobertura de lo establecido en el art. 10.3 del citado texto legal el cual, al remitirse como es sabido al resultado contable, posibilita la deducción de los gastos financieros.³

En cambio la Resolución del TEAC de 1 de junio de 2010 sí que consideró deducibles los intereses, en iguales circunstancias a las expuestas con anterioridad, por la vía de no apreciar la existencia del fraude de ley, estimándose así que la operación en cuestión sí que presenta un fundamento económico. De conformidad con lo manifestado por el TEAC en esta última Resolución "(...) Lo que debe examinarse es si las operaciones realizadas implican o no una realidad económico-empresa-

³ Declaró concretamente el TEAC en la citada Resolución lo siguiente: "(...) Tal complejo entramado de operaciones no se habría abordado de no ser por ese resultado fiscal ventajoso (...) Ante el minucioso y complejo conjunto de pruebas aportado por la inspección que induce a concluir que la causa que ha guiado la realización del complejo conjunto de operaciones realizado ha sido exclusivamente de índole fiscal, corresponde al interesado contradecir dicha conclusión mediante la acreditación de una justificación alternativa y la prueba de la existencia de la auténtica sustancia económica en el conjunto de la estrategia desplegada".

rial, además de las posibles ventajas o beneficios fiscales que hayan de ponderarse en la operación; que no supongan una mera creación artificial para erosionar bases fiscales, que el trasvase de acciones o empresas no constituya un mero diseño formal sino una toma de posiciones con sus riesgos y posibilidades de pérdida o beneficio (...) En el presente caso han resultado acreditadas las razones de centralización en X de la gestión del mercado ibérico y la consecución de una eficiencia de la integración en términos de ahorro de costes y procedimientos y la obtención por X de un valor añadido, que acreditan la lógica empresarial de la operación".⁴

Adviértase por tanto que, a tenor de lo señalado en ambas Resoluciones del TEAC, tuvo lugar una valoración distinta de hechos semejantes o la percepción de la concurrencia de otros hechos que legitiman la realización de la operación, más que un verdadero cambio de criterio. En ambas Resoluciones del TEAC se estaba aludiendo al examen de la finalidad económica de la operación, es decir, a la lógica económica de la operación (en particular para aquella entidad que adquiere las acciones y que se endeuda), de manera que ante un concreto ahorro o ventaja fiscal la sustancia económica de la operación determina la inexistencia de fraude de ley, debiendo atenderse a la existencia o no de una lógica económica en las operaciones realizadas.⁵

⁴ Indudablemente ha de reconocerse la ventaja fiscal que depara la realización de esta clase de operaciones, ya que la entidad del grupo que actúa como prestamista disfruta, en la práctica generalidad de los casos, de la aplicación de un régimen fiscal privilegiado, si bien cabe plantarse hasta qué punto el precepto del RDLeg. 4/2004 que resultaba defraudado lo era el art. 4 y no, en realidad, el art. 20, relativo como es sabido al mecanismo de la subcapitalización. De cualquier manera la Inspección de los tributos acude siempre al examen de la operación en su conjunto, de las formas utilizadas en relación con el fondo, de los efectos fiscales que produce y, en resumen, de su lógica económica fuera del ámbito de las operaciones entre partes vinculadas. Y todo ello bajo la óptica del fraude a la ley tributaria y, excepcionalmente, del principio de libre competencia.

⁵ En definitiva, con independencia de que el resultado práctico de las concretas operaciones realizadas pueda resultar semejante, en aquellos casos en los que las mismas carezcan de lógica económica habrán de reputarse fraudulentas. Y, *mutatis mutandis*, concu-

En todo caso, tras la incorporación llevada a cabo al art. 83 del antiguo TRLIS por la ya citada Ley 25/2006, de 17 de julio, este régimen tributario especial resultó igualmente aplicable a las operaciones de cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o de una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, respecto de aquellos bienes o derechos situados en territorio español que quedasen afectados con posterioridad a un establecimiento permanente situado en dicho territorio. A estos efectos se precisó que las reglas previstas en dicho régimen especial para aquellos supuestos de transmisiones de bienes y derechos habrían de resultar igualmente aplicables a las operaciones de cambio de domicilio social, aun cuando no diesen lugar a la realización de las citadas transmisiones. Dicha adición quedaría justificada por la incorporación al ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE, en virtud de lo establecido por la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero, de las operaciones de traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima Europea o de una Sociedad Cooperativa Europea.

Téngase presente además que dichas normas resultan igualmente aplicables a aquellas operaciones en las que intervienen sujetos pasivos del IS que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre y cuando produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones a las que se refería el art. 83 del TRLIS, no produciéndose por tanto restricciones para la aplicación de este régimen especial, por ejemplo, respecto de las operaciones de reestructuración o de reorganización empresarial en las que los sujetos intervinientes adquieran la forma de sociedades cooperativas, tal y como declaró la Di-

riendo dicha finalidad resultarán legítimas. De este modo es aquel artificio carente de toda lógica económica (y no la existencia de una concreta ventaja fiscal) el que podría conducir al fraude a la ley tributaria, ya que si dicha ventaja se alcanzase a través de la realización de una operación con sustancia económica habría de reputarse legítima. Y ello al margen de la mayor o menor dificultad que pueda llegar a plantearse a la hora de entrar a valorar los hechos o circunstancias concurrentes a efectos de poder precisar la lógica económica de la operación.

rección General de Tributos (DGT) en su Resolución de 14 de junio de 2006. Asimismo tampoco se producirían restricciones respecto de la operación por la que una sociedad anónima transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a una asociación que resultase ser titular de la totalidad de los valores representativos del capital social, de acuerdo con lo manifestado en la Resolución de la DGT de 14 de marzo de 2007. E idéntico criterio (esto es, la ausencia de restricción), se produciría, por ejemplo, en el caso de una operación de fusión llevada a cabo por una Comunidad de Regantes que absorbe a una cooperativa, produciéndose su disolución sin liquidación, tal y como señaló la DGT en contestación a Consulta de 29 de octubre de 2007.

Ya en su día se estableció en el art. 11.a) de la anteriormente citada Directiva 90/434/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, que un determinado Estado miembro podía negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de sus Títulos II, III y IV, o bien a retirar el beneficio de las mismas, en el supuesto de que la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tuviese como principal objetivo (o incluso como uno de los principales) el fraude o la evasión fiscal, añadiéndose a continuación que el hecho de que una de las operaciones contempladas en su art. 1 no se realizase por motivos económicos válidos como puedan ser la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participasen en la realización de la operación podía constituir una presunción de que la citada operación tenía como objetivo principal, o como uno de los principales, el fraude o la evasión fiscal.

De cualquier manera dicho mandato fue incorporado a nuestro Derecho a través del art. 16, apartado segundo, de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, de conformidad con el cual *“Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa a que se refiere el artículo primero se probara*

que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora”.

Una vez que fueron derogados estos Títulos I y II de la Ley 29/1991, fue el art. 110.2 de la antigua Ley 43/1995 el encargado de ocuparse de la regulación de esta materia, señalándose al efecto que *“Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 de esta Ley se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o de evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen establecido en el presente capítulo y se procederá a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos”*. Adviértase que, al amparo de esta nueva redacción, desapareció la posibilidad de imponer sanciones por estos hechos, lo cual resulta ciertamente criticable.

A este respecto ha de subrayarse la trascendencia que adquirió la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 17 de julio de 1997 (As. C-28/95, A. *Leer-Bloem y Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*), a través de la cual se resolvió una decisión prejudicial sobre la interpretación de la letra d) del art. 2 y de la letra a) del apartado 1 del art. 11 de la Directiva 90/434/CEE⁶, declarándose a tal efecto que de la citada letra d) del art. 2 y del sistema general de la citada Directiva 90/434/CEE se deducía que el régimen fiscal común establecido en la misma, que comprende diferentes ventajas fiscales, se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, escisión, aportación de acti-

⁶ A través del citado pronunciamiento se analizaba el caso de la Sra. *Leer-Bloem*, socia única y directora de dos sociedades privadas neerlandesas, cuya intención era la de adquirir las participaciones de una tercera sociedad privada, una *holding*, cuyo pago se iba a efectuar mediante canje con las participaciones de las dos primeras sociedades, adquiriendo finalmente de manera indirecta la citada Señora a resultas de la realización de dicha operación la condición de socia única de las otras dos sociedades.

vos y canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean estos de carácter financiero, económicos o puramente fiscales. A través del citado pronunciamiento el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ofreció un concepto de "motivos económicos válidos" de carácter más o menos flexible que contrasta con el concepto tradicional de "test de propósito negocial", si bien reconoció que aquellas operaciones realizadas exclusivamente por motivos fiscales y que resulten artificiales no resultan admisibles. Debido a ello, el hecho de que la sociedad dominante en el sentido que establece la letra h) del citado art. 2 no gestione por sí misma una empresa o de que una sola persona física que tuviese la condición de accionista única y directora de las sociedades dominadas pase a ser accionista única y directora de la sociedad dominante no impide calificar la operación de canje de acciones en el sentido que otorga la letra d) del citado art. 2 de la Directiva 90/434/CEE del Consejo. En consecuencia cabría estimar que de las letras d) y h) de este art. 2, así como de la letra a) del art. 11.1 de la referida Directiva, se deduce que los Estados miembros deben conceder las ventajas fiscales en ellas previstas a aquellas operaciones de intercambio de acciones a que se refiere la letra d) del art. 2, a menos que dichas operaciones tengan como finalidad principal ó, al menos, como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal⁷. Y, al objeto de poder comprobar esta última circunstancia, será necesario, tal y como precisó el TJUE en la citada Sentencia de 17 de julio de 1997, "que las autoridades nacionales competentes no se limiten a aplicar criterios

⁷ Concretamente disponía el citado art. 11.1 de la Directiva 90/434 (actual art. 15 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009) que "Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal".

generales predeterminados –puesto que ello cedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objeto perseguido por la Directiva 90/434/CEE- sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma"⁸.

De acuerdo con lo señalado con anterioridad por este mismo Tribunal en su Sentencia de 31 de marzo de 1993, dicho examen habría de ser susceptible de control jurisdiccional. Concretamente, a juicio del Tribunal "Una fusión o una reestructuración realizada mediante un intercambio de acciones en la que intervenga una sociedad de nueva creación que, por tanto, no posee una actividad empresarial propia, puede considerarse efectuada por motivos económicos válidos. De la misma forma tales motivos pueden hacer necesaria la reestructuración jurídica de sociedades que constituyen ya una entidad desde el punto de vista económico y financiero. Tampoco cabe excluir, aunque pudiera constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal, que una fusión mediante canje de acciones destinada a crear una estructura determinada para un período limitado, y no de forma duradera, pueda obedecer a motivos económicos válidos".

En suma el TJUE terminó declarando en su Sentencia de 17 de julio de 1997 que del tenor literal

⁸ Asimismo se afirmaba en la citada Sentencia del TJUE de 17 de julio de 1997 que "(...) Para comprobar si la operación contemplada tiene como objetivo principal, o como uno de sus objetivos principales, el fraude o la evasión fiscal, las autoridades nacionales competentes deben proceder, en cada caso, a un examen global de dicha operación (...) Los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya realizado por motivos económicos válidos constituye una presunción de fraude o evasión fiscal (...) El concepto de motivo económico válido con arreglo al artículo 11 de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que es más amplio que la búsqueda de una ventaja puramente fiscal, como la compensación horizontal de pérdidas (...)". En definitiva, adoptó el Tribunal en el citado pronunciamiento un criterio de interpretación que podría terminar conduciendo a la imposibilidad de que los Estados miembros puedan establecer requisito o condiciones adicionales destinados a evitar el abuso; se establece una presunción que no parece admitir prueba en contrario al amparo de la cual, en aquellos casos en los que concurren motivos económicos válidos no resultará posible la aplicación de la norma anti-abuso.

del art. 11 de la Directiva 90/434/CEE se desprende que el concepto de "motivos económicos válidos" es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal, que era precisamente lo que sucedía en el supuesto enjuiciado, en el que había tenido lugar una operación de fusión por canje de acciones con una finalidad estrictamente fiscal, como es la de llevar a cabo una compensación horizontal de pérdidas.

Con posterioridad a la citada STJUE de 17 de julio de 1997 el legislador español procedió a reformar, a través de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la redacción del art. 110.2 de la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del IS, pasándose a señalar que "No se aplicará el régimen establecido en el presente Capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal"⁹. Esta última redacción es la que posteriormente quedó recogida el art. 96.2 del antiguo TRLIS.

Asimismo señaló el TJUE en su Sentencia de 20 de mayo de 2010 que este art. 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, encargado de regular el régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, ha de ser interpretado en el sentido de que las ventajas que establece no

⁹ Debe precisarse que con motivo de esta nueva redacción se mencionó el concepto de "motivos económicos válidos". Así lo puso de manifiesto el TEAC, entre otras, en sus Resoluciones de 16 de marzo, 1 de junio y 27 de julio de 2006, así como de 19 de enero y de 2 de marzo de 2007. No obstante el propio Tribunal se encargó de precisar en sus Resoluciones de 19 de abril de 2007 y de 14 de febrero de 2008 que la concurrencia de "motivos económicos válidos" resulta exigible, no ya desde la promulgación de la LIS, sino desde la entrada en vigor de la Ley 29/1991.

pueden denegarse al sujeto pasivo que proyecta, mediante un montaje jurídico que incluye una fusión de empresas, evitar el pago de un impuesto como el controvertido en el procedimiento principal (concretamente, el Impuesto sobre Transmisiones), dado que dicho Impuesto no queda incluido dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva.

La citada Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo resolvía una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo a lo establecido en el art. 234 del Tratado de la UE por el *Hoge Raad der Nederlanden* (Países Bajos) mediante Resolución de 11 de julio de 2008, presentada en el marco de un litigio entre dos entidades respecto a una solicitud de devolución del Impuesto sobre Transmisiones de bienes abonado formulada sobre la base de una exención prevista por ley en caso de fusión de empresas. Se planteaba así la cuestión prejudicial relativa a si el citado art. 11.apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434 debía interpretarse en el sentido de que las ventajas que regula pueden ser denegadas a aquel sujeto pasivo que proyecta, mediante un montaje jurídico que incluye una fusión de empresas, evitar el pago del impuesto en cuestión controvertido (impuesto sobre transmisiones), a pesar de que la normativa comunitaria no se refiera al citado Impuesto.¹⁰

¹⁰ Concretamente la Sentencia analizaba un supuesto en el que *Zwijenburg* explotaba un comercio de moda en dos edificios situados en *Tolstraat 17* y *Tolstraat 19*, en *Meerbeek* (Países Bajos). Era propietaria del edificio sito en *Tolstraat 19* y alquilaba el edificio sito en *Tolstraat 17* a su propietaria, *A. Zwijenburg Beheer B.V.*, cuya única actividad era la administración de bienes inmuebles. Las acciones de esta última (*Beheer*) eran propiedad del Sr. *A. J. Zwijenburg* y de su esposa. Las acciones en *Zwijenburg* pertenecían, a través de una sociedad holding, al Sr. *L. E. Zwijenburg* (el hijo) y a su esposa. Con la finalidad de concluir una transmisión progresiva de la empresa de padre a hijo ya iniciada en diciembre de 1990, se decidió que *Zwijenburg* aportaría su negocio de moda y el inmueble sito en *Tolstraat 19* a cambio de acciones en *Beheer*, de manera que, a tenor de lo dispuesto en el art. 14, apartado 1, de la Ley de 1969 relativa al impuesto de sociedades holandés, esta fusión de empresas estaría de impuestos. En una fase posterior, *Zwijenburg* debía adquirir las demás acciones de *Beheer*, que pertenecían a los padres y que incluían una opción de compra. Esta operación quedaría exenta de Impuesto del Transmisiones por aplicación del art. 15, apartado 1, letra h), de la Ley

La principal cuestión a debate residía por tanto en la existencia de una solicitud de devolución de un "Impuesto sobre transmisiones de bienes" formulada sobre la base de una exención prevista por la ley en aquellas operaciones de fusiones producidas entre empresas. A tal efecto el Tribunal resolvió la petición de decisión prejudicial relativa a la interpretación del art. 11 apartado primero letra a) de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de distintos Estados miembros.

Como ya hemos tenido ocasión de precisar dicha Directiva se limita a eliminar determinadas desventajas fiscales que inciden sobre la reestructuración transfronteriza de empresas. Ciertamente en el concreto supuesto analizado no cabía aludir a la concurrencia del elemento in-

de 1970, relativa al impuesto sobre transmisiones holandes, en relación con el artículo 5a, apartado 1, del Decreto de aplicación de dicha Ley. Mediante escrito de 13 de enero de 2004, *Zwijnenburg* solicitó a la administración tributaria que confirmase que la fusión de empresas proyectada entre *Zwijnenburg* y *Beheer* y la posterior adquisición de acciones de *Beheer* por *Zwijnenburg* podían realizarse libres de impuestos, y en particular sin tener que abonar el impuesto sobre transmisiones. Sin embargo, mediante decisión de 19 de enero de 2004, el inspector de la agencia tributaria desestimó esta solicitud por entender que la fusión de empresas proyectada estaba incluida en el ámbito de aplicación del art. 14, apartado 4, de la Ley de 1969 relativa al Impuesto de sociedades, en la medida en que tenía fundamentalmente por objeto eludir o diferir la tributación. Dicho inspector, ante el que se había presentado una reclamación, confirmó su decisión. En apelación, el *Gerechtshof te 's-Gravenhage* declaró infundado el recurso interpuesto por *Zwijnenburg* contra dicha decisión. De conformidad con lo manifestado por este órgano jurisdiccional, la intención de reunir los inmuebles sitos en *Tolstraat 17* y *19* en una sola empresa cuyas ventajas corresponderían en definitiva al hijo obedecía a motivos económicos válidos. Sin embargo, consideró que la vía empleada para esta fusión de empresas para la reunión de ambos edificios no respondía a consideraciones económicas, puesto que *Zwijnenburg* debía aportar su empresa a *Beheer* y adquirir posteriormente las acciones emitidas por ésta. Dada esta situación el *Gerechtshof te 's-Gravenhage* consideró que *Zwijnenburg* no había acreditado suficientemente que el fraude o la evasión fiscal no era el principal objetivo o uno de los principales objetivos de la fusión de empresas proyectada. El único motivo para la elección de la vía indirecta de la fusión de empresas era, en su

ternacional, al tratarse de los miembros de una familia holandesa que disponían de un par de bienes inmuebles en Holanda. A pesar de ello el legislador holandés, al adaptar el Derecho interno del citado país a lo establecido en la Directiva 90/434, optó por aplicar el tratamiento fiscal previsto en dicha Directiva igualmente a situaciones de carácter puramente interno, de manera que las reestructuraciones nacionales y transfronterizas efectuadas quedasen sometidas al mismo régimen fiscal que las fusiones.

Pues bien, tal y como se encargó de recordar el TJUE, el principal objetivo perseguido por la citada Directiva no es otro que garantizar que las operaciones de reestructuración de sociedades de diferentes Estados miembros (fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones) no se vean obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros. A tal objeto señala su art. 4, apartado 1 que "*La fu-*

opinión, evitar el devengo del impuesto sobre transmisiones que grava la cesión directa del edificio sito en *Tolstraat 17* a *Zwijnenburg*, así como diferir el devengo del impuesto de sociedades que grava la plusvalía determinada por la diferencia entre el valor contable de dicho edificio y su valor de mercado en el momento de la cesión. El *Gerechtshof te 's-Gravenhage* llegó a la conclusión de que, aunque el objetivo final de la operación obedeciera a consideraciones económicas, la construcción financiera empleada a tal fin no era más que un artefacto para beneficiarse de las ventajas fiscales reservadas a las fusiones de empresas. Contra dicha Sentencia *Zwijnenburg* interpuso un recurso de casación ante el *Hoge Raad der Nederlanden*, el cual constató que, mediante la operación controvertida, los progenitores podrían tener interés en la empresa de la recurrente, aun cuando la intención manifiesta era retirarse de ésta en beneficio del hijo y de su esposa. De ello dedujo que uno de los objetivos principales de la fusión de empresas controvertida era la elusión de determinadas consecuencias fiscales, en concreto, el devengo del impuesto sobre transmisiones a cargo de *Zwijnenburg* que se habría producido si el inmueble sito en *Tolstraat 17* hubiera sido adquirido por ésta o si se le hubieran cedido las acciones de *Beheer*. Y, a la luz de esta situación, el *Hoge Raad der Nederlanden* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: "*¿Debe interpretarse el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 en el sentido de que cabe denegar al sujeto pasivo las ventajas reguladas en dicha Directiva en el supuesto de que un conjunto de actos jurídicos tenga por objeto evitar el devengo de un impuesto distinto de aquéllos a los que se refieren las ventajas que establece dicha Directiva?*".

sión o escisión no implicará gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal". Y, de conformidad con lo establecido por su art. 8.1 "La atribución, con motivo de una fusión, de una escisión o de un canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no deberá ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dicho socio".

La citada Directiva 90/434/CEE persigue por tanto, a través de lo dispuesto en su art. 11, eliminar las barreras de todo tipo (incluidas las fiscales), con independencia de la motivación que se persiga, para la realización de las operaciones cubiertas en su ámbito de aplicación. Y, a tal efecto, la determinación de aquellas operaciones que pueden acogerse a la citada Directiva no depende de motivos financieros, económicos o fiscales. Sólo en el contexto de lo dispuesto en el citado art. 11.1.a) de la norma comunitaria adquiere relevancia la citada motivación sin que, en todo caso, su aplicación pueda llegar a implicar la negación de derechos reconocidos por las libertades comunitarias.

El citado art. 11.1.a) sólo puede referirse a las operaciones e impuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, ya que dicha norma no pretende alcanzar ninguna clase de armonización de la imposición directa, sino únicamente eliminar las barreras que ciertos impuestos crean a las operaciones de reestructuración empresarial transfronteriza. Y, dada la citada situación, estimó el Tribunal que las ventajas derivadas de la aplicación de la Directiva no pueden ser negadas invocando lo dispuesto en su art. 11.1.a) para compensar el no pago de un impuesto. Si el principal objetivo derivado de la realización de una operación de fusión es eludir el pago de un impuesto, el interés financiero del Estado miembro se ha de limitar al cobro de dicho impuesto, no resultando razonable denegar las ventajas de la Directiva en relación con

otros impuestos que nada tienen que ver con el controvertido.

Estima así el Tribunal que en aquellos supuestos en los que se pretende evitar el surgimiento de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia existe un interés manifiesto por parte de la UE en que, al objeto de evitar el surgimiento de futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho Comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que resulten ser las condiciones en las que tengan que aplicarse. En otras palabras, de conformidad con lo declarado por el Tribunal, el hecho de poder aplicar la Directiva, desde una perspectiva territorial, a situaciones de carácter interno no puede conducir a suavizar igualmente su aplicación desde una perspectiva material. Y es que, si bien es cierto que la Directiva 90/434/CE no implica la existencia de una completa armonización del conjunto de los impuestos y tributos que pueden ser devengados con ocasión de la realización de una fusión o de una operación de carácter similar entre sociedades de Estados miembros diferentes, los únicos impuestos que pueden acogerse a la aplicación de las ventajas establecidas en la norma comunitaria y, por ende, que pueden entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista en el art. 11.1. letra a) de la citada Directiva son los expresamente contemplados en ella.¹¹

El régimen fiscal común establecido por la Directiva 90/434 que, como es sabido, comprende diferentes ventajas fiscales, se aplica indistintamente al conjunto de las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales. Ahora bien, con arreglo a lo establecido en el art.

¹¹ En definitiva podría afirmarse, tal y como señalase la Abogada General Sra. Kokott en sus Conclusiones, que si el principal objetivo de la operación de fusión no es otro que eludir el pago de un Impuesto sobre Transmisiones, el interés financiero del Estado miembro de que se trate ha de limitarse precisamente al cobro de dicho Impuesto sobre Transmisiones y, en consecuencia, no está incluido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de la citada Directiva o bien a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de canje de acciones tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Esta misma disposición precisa, entre otras cosas, que el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene tal objetivo.

Dentro del marco de las ventajas establecidas la Directiva 90/434, aun reconociendo una posición particular a la tributación de las plusvalías, se refiere esencialmente la citada norma comunitaria a los impuestos que gravan las sociedades y a los adeudados por los socios. En cambio, no existe indicio alguno en dicha Directiva que permita afirmar que ésta quiso extender las ventajas a otros impuestos, como el controvertido en el asunto principal analizado por el Tribunal, que constituía un impuesto recaudado con ocasión de la adquisición de un inmueble sito en el Estado miembro de que se trate. Ha de considerarse que en dicho supuesto la competencia tributaria sigue correspondiendo a los Estados miembros.

En resumen, a través de la citada Sentencia de 20 de mayo de 2010 respondió el TJUE a la cuestión prejudicial planteada señalando que el art. 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que las ventajas que establece no pueden denegarse al sujeto pasivo que proyecta, mediante un montaje jurídico que incluye una fusión de empresas, evitar el pago de un impuesto como el controvertido en el procedimiento principal, en concreto, el impuesto sobre transmisiones, dado que este impuesto no está incluido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Y ello sobre la base de considerar, en primer término, que la determinación de las operaciones que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 no depende de consideraciones financieras, económicas o fiscales. En cambio, los motivos

de la operación proyectada vuelven a tener importancia al hacer uso de la facultad conferida por el art. 11, apartado 1, de dicha Directiva. De conformidad con lo dispuesto por el citado art. 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de la citada Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de canje de acciones tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Esta misma disposición precisa, además, que el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación puede constituir una presunción de que esta operación tiene tal objetivo.

II. LA APLICACIÓN DEL ANTIGUO ART. 96.2 DEL TRLIS.

De conformidad con lo dispuesto por el antiguo art. 96.2 del TRLIS, *“No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal (...) En particular el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”*. Parece por tanto que lo dispuesto por nuestro legislador interno iba más allá de lo señalado por la norma comunitaria.¹²

¹² En relación con esta cuestión la Diputación Foral de Bizkaia procedió a la publicación de la Instrucción 10/2005, de 7 de octubre. Por su parte las Juntas Generales de Bizkaia aprobaron la modificación de la regulación del Impuesto sobre Sociedades aplicable en el Territorio Histórico a través de la Norma Foral 6/2007, de 27 de marzo, en la que se señala que la inexistencia de motivo económico válido no es más que una presunción de fraude o evasión, disponiéndose en el último párrafo del art. 104.4 de la Norma Foral 3/96, de 26 de junio, que *“En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, siempre que la operación se encuentre en alguno de los supuestos a que se refiere el párrafo anterior”*.

¿Qué habríamos de entender a este respecto por "fraude" o "evasión"? A priori nada se señalaba a este respecto, de manera que correspondería a la Administración que llevase a cabo la comprobación justificar y aportar las pruebas que estime pertinentes en las que se fundamente la existencia de fraude o evasión. Inicialmente el art. 110.2 de la antigua LIS, en su redacción original, señalaba como causa de la pérdida del derecho a tributar de conformidad con lo previsto en el régimen del Capítulo VIII del Título VIII de la citada Ley aquella en virtud de la cual se probase que las operaciones en cuestión fueron realizadas principalmente con fines de fraude o de evasión fiscal. Dicho precepto fue, sin embargo, objeto de una nueva redacción por el art. 2.º de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, debido a que, si bien de manera interpretativa, se estaba aplicando la normativa contenida en la citada Directiva 434/1990, relativa a las fusiones y operaciones asimiladas intraeuropeas. Dicha redacción era la contenida en el art. 96.2 del TRLIS.¹³

Refiriéndose precisamente a la redacción del citado art. 110.2 de la antigua Ley 43/1995 en su redacción otorgada para 1997 señaló el Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia de 7 de abril de 2011 que, considerar en el concreto supuesto de autos analizado que la norma interna exigía que la Administración probase la existencia de fraude de ley en una operación de fusión realizada en el ámbito interno podría implicar la vulneración del principio comunitario de libre concurrencia en el mercado, al situar a las empresas españolas en situaciones inferiores de competitividad con relación a otras empresas de ámbito transnacional, no existiendo además argumentos definitivos que permitiesen afirmar que el citado art. 110.2 de la LIS, cuando señalaba que la operación se hubiese realizado "*principalmente con fines de fraude o evasión fiscal*" debía entenderse como una remisión a la figura del fraude de ley conte-

¹³ Téngase presente que, con anterioridad a la reforma operada por la citada Ley 14/2000, de 29 de diciembre, dicho precepto únicamente contenía un solo apartado, en el que se señalaba que "*No se aplicará el régimen establecido en el presente Capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal*".

nida en el art. 24 de la antigua Ley General Tributaria (LGT) de 1963. De este modo, a juicio del Alto Tribunal, una operación de fusión realizada con la única finalidad de compensar bases imponibles negativas entre las entidades fusionadas no responde a la existencia de un motivo económico válido distinto del ahorro fiscal, motivo por el cual ha de denegarse la aplicación del presente régimen especial. Y dicha referencia a "motivo económico válido" no se identifica con el fraude de ley. No podía pues concluirse que la referencia al fraude o evasión fiscal que realizaba el art. 96 del TRLIS debiera considerarse como una remisión al art. 24 de la antigua LGT¹⁴.

En líneas generales la antigua redacción aplicable incorporaba también la citada causa. Así, la misma continuaba sin ser de aplicación al referido régimen "*cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal*", añadiéndose a continuación que "*En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos tales como la reestructuración o la racionalización de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal*".¹⁵

Precisamente en este último inciso residía la principal novedad respecto de la redacción anterior. Y es que la anterior redacción aplicable adoptaba, al menos de manera aparente, la forma de caso particular respecto del supuesto más general referente a la inaplicación del régimen en aquellos supuestos en los que el principal objetivo de la operación fuese el fraude o la evasión fis-

¹⁴ Con carácter adicional afirmó el TS en la citada Sentencia de 7 de abril de 2011 que no existía motivación válida, al no tener determinadas operaciones por finalidad la reestructuración, sino una funcionalidad fiscal.

¹⁵ Tal y como se señaló en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Foral de Guipúzcoa de 29 de julio de 2008, al hilo de la necesaria concurrencia del requisito relativo a la ausencia de fines de evasión de cara a la aplicación en el IS del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, tratándose de una operación de fusión proyectada con la finalidad de obtener una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente resulta impropio la aplicación del citado régimen especial.

cal. De este modo, y al menos desde un punto de vista formal, nos hallábamos ante un supuesto general, dotado de sustantividad propia (el contenido en el art. 110.2), así como ante un caso particular de dicho supuesto, contenido en el inciso segundo del citado precepto, y cuya interpretación debía efectuarse de manera subordinada a la del supuesto general.¹⁶

¹⁶ Fue en consecuencia a la luz de la redacción aplicable con efectos desde el 2001 cuando surge el concepto de 'motivos económicos válidos' como exigencia necesaria para que pueda aplicarse a la concreta operación realizada el presente régimen fiscal especial. Con carácter adicional durante la vigencia del régimen anterior a 2001 era la Administración la que tenía que probar, como consecuencia de la comprobación administrativa, que la operación se realizó, principalmente, con fines de fraude o evasión fiscal, al objeto de poder regularizar la situación tributaria. De un tiempo a esta parte, y respecto de actuaciones inspectoras de operaciones realizadas antes de 2001 la Inspección tributaria ha venido negando la aplicación del régimen fiscal cuando, en su opinión, la operación no se ha realizado en base a un motivo económico válido, exigiendo al contribuyente la prueba de la existencia de aquel. Se adopta así por parte de la Administración tributaria la aplicación retroactiva de la modificación operada en 2001, planteándose así la cuestión relativa a la necesidad o no de la existencia de motivo económico válido en una operación realizada antes de 2001. En opinión de la Administración tributaria lo dispuesto por el art. 110.2 de la LIS en su redacción otorgada por la Ley 14/2000 no vino a añadir nada, procediendo únicamente a completar la anterior regulación y pudiendo en consecuencia ser aplicado de cara a la interpretación de situaciones previas. Cabe plantearse sin embargo hasta qué punto la vigente regulación aplicable resulta meramente interpretativa de la anterior. Y ello al margen de que puedan existir operaciones que, sin tener un motivo económico válido, no se hayan realizado con fines de fraude o evasión fiscal. Véase en este sentido ALEMANY BELLIDO, J. I., "La carga de la prueba de los motivos económicos válidos", Revista Iuris & Lex, núm. 103, 2014, pág. 41, para quien "Aun aceptando que cabe exigir que una operación realizada en 2000 precisa de un MEV, no puede aceptarse la inversión de la carga de la prueba sobre su existencia. Tanto la Inspección como el TS están exigiendo que sea el contribuyente el que pruebe la existencia del MEV, cuando en la redacción anterior a 2001 era la Administración la que tenía que probar su inexistencia (...). Si nos situamos en 1999 o 2000, que es cuando hay que prepararse para enjuiciar lo realizado entonces, a la hora de plantear una operación de reestructuración la norma vigente, la única norma existente, decía que era la Administración la que tenía que probar que la operación se había realizado con fines de fraude o evasión fiscal, no el contribuyente. Puede construirse el contenido de fraude o evasión fiscal con el concepto (ausente) del MEV, pero no puede olvidarse que entonces, antes de

De cara a poder efectuar una labor interpretativa de lo señalado en ambos preceptos conviene recordar que el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS constituía, al mismo tiempo, la normativa necesaria para dar cumplimiento al régimen previsto en la Directiva 434/1990, relativo a las fusiones y operaciones asimiladas intracomunitarias y la normativa reguladora de las operaciones meramente internas e internacionales extracomunitarias.

De cualquier manera formalmente nos hallábamos en presencia de un supuesto general, con sustantividad propia, como era el contenido en el primer inciso del art. 96.2, así como de un caso particular de dicho supuesto, como era el contenido en el segundo inciso del citado precepto. Por lo que respecta al inciso segundo, entendido como caso particular del primero, debía interpretarse de manera subordinada a la del supuesto general, o bien se trataba de un supuesto autónomo de inaplicación del régimen general.

Al amparo de este conjunto de consideraciones, ¿Qué características presentaba el llamado supuesto general? Dicho supuesto general se encontraba integrado por un supuesto de hecho y por un mandato. El primero de ellos (el supuesto de hecho) se concretaba en que la operación realizada tuviese como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. Por su parte el mandato consistente en la inaplicación del régimen establecido en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS. El supuesto de hecho anteriormente indicado lo integraban un elemento objetivo (la comisión del fraude o la evasión fiscal) y un elemento subjetivo (que el principal objetivo de la operación fuese, precisamente, la comisión del fraude o de la evasión fiscal).

2001, era la Administración la que tenía la carga de la prueba". En definitiva la inversión de la carga de prueba solo surge a partir de 2001, contemplándose además la posibilidad de que los contribuyentes puedan plantear consultas a la Administración sobre la concurrencia o no del motivo económico válido, teniendo su respuesta carácter vinculante. En cambio durante la vigencia de la regulación anterior a 2001 era la Administración (y no el contribuyente, que tampoco podía además plantear a la Administración una consulta vinculante sobre la existencia de motivo económico válido) la que tenía que probar los fines de fraude o evasión fiscal.

Analicemos en primer término el elemento objetivo relativo, como hemos indicado, a la comisión del fraude o de la evasión fiscal. ¿Qué hemos de entender a este respecto por "fraude" o "evasión fiscal"? ¿En relación a qué tributos ha de cometerse dicho fraude o evasión fiscal? Con carácter general puede afirmarse que no se define por la normativa tributaria qué se entiende por "fraude" o "evasión", de manera que corresponderá a la Administración, normalmente a la luz de un procedimiento inspector, justificar y aportar las pruebas pertinentes en las que se fundamente la existencia de dicho fraude o evasión.

En relación con la primera de las dos cuestiones planteadas son varias las interpretaciones que, *a priori*, podrían adoptarse. De una parte, entender por "fraude" o "evasión fiscal" cualquier minoración de impuestos que se produzca como consecuencia de la realización de la operación por relación a los impuestos que se hubiesen satisfecho en caso de que la misma no se hubiera realizado. Y, de otra, interpretar dichos términos, a efectos de lo dispuesto en el antiguo art. 96.2 del TRLIS, como aquello que con carácter general se entiende como tal.

El antiguo art. 96.2 del RDLeg. 4/2004 establecía la norma fundamental por la que la Administración podría impedir la aplicación del régimen especial, haciéndose así tributar a las rentas manifestadas en la operación. Señalaba concretamente el citado precepto, según se ha indicado con anterioridad, que *"No se aplicará el régimen establecido en el presente Capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades que participan en la operación, sino como mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal"*.

A nuestro juicio no parece que resulte factible identificar una minoración de impuestos con el fraude o la evasión fiscal. En consecuencia estimamos que, al amparo de la segunda línea interpretativa anteriormente apuntada, habremos de

examinar aquello que dentro de nuestro ordenamiento jurídico significa el fraude o la evasión fiscal. Y a pesar de que, como hemos indicado, no existe dentro de nuestro ordenamiento una definición de ambos conceptos, si contemplamos al tributo como una obligación *ex lege* resulta posible deducir que tanto el fraude como la evasión fiscal se originan cuando se realiza el hecho imponible y, de forma dolosa o negligente, no tiene lugar el cumplimiento de la obligación.¹⁷

En todo caso parece difícil que, a través de la realización de una operación acogida al régimen que establecía el Capítulo VIII del Título VII del antiguo TRLIS, pudiera producirse la no declaración de un determinado hecho imponible o su autoliquidación incorrecta. Sí que podría concebirse, por el contrario, que dicha operación (ya fuese por sí sola o formando parte de un proyecto evasor planificado) determinara la ocultación engañosa del hecho imponible, originándose entonces el fraude o la evasión fiscal a que se refería el art. 96.2 del TRLIS. En definitiva, estimamos que se produciría el "fraude" o "evasión fiscal" a que se refería el citado art. 96.2 del RDLeg. 4/2004 cuando la operación de fusión o asimilada que se realizara, ya fuese por sí sola o en unión con otras, determinase la evitación total o parcial de la realización del hecho imponible o la minoración de la base o de la deuda tributaria (art. 15 LGT), o bien la realización de actos o negocios jurídicos caracterizados por la existencia de simulación (art. 16 LGT).

Por el contrario, no existiría "fraude" o "evasión fiscal" en aquellos supuestos en los que la operación de fusión o asimilada que se realizase amparada en el antiguo Capítulo VIII del Título VII del TRLIS determinase, tomando en consideración lo dispuesto en el primer inciso del antiguo art. 96.2 del citado Texto Refundido, el surgimiento de una tributación menor que la preexistente para el conjunto de las partes implicadas en la misma.

¹⁷ Debe reconocerse no obstante que son varias las formas existentes de incumplir la obligación tributaria: no declarar el hecho imponible, declararlo pero autoliquidarlo mal de manera deliberada u ocultarlo mediante engaño bastante con la finalidad de producir un error en la Hacienda Pública.

¿Y qué sucedía si tomábamos igualmente en consideración lo dispuesto en el segundo inciso del citado precepto? Este segundo inciso contenía lo que hemos denominado con anterioridad como el supuesto de hecho especial, el cual se hallaba en una relación de accesoriadad con el supuesto general. Desde nuestro punto de vista, contemplado este supuesto especial en su integridad cabía la posibilidad de efectuar una interpretación autónoma e independiente del mismo respecto del supuesto general, adquiriendo así una sustantividad propia respecto de éste.

Dos eran, pues, las interpretaciones que cabía adoptar de este segundo inciso del art. 96.2 del TRLIS. De acuerdo con la primera de ellas estaríamos ante un supuesto autónomo de inaplicación del régimen fiscal. A tal efecto, esto es, como supuesto autónomo de inaplicación del régimen especial, el mismo se presentaría si concudiesen dos elementos caracterizadores de la voluntad negocial que da vida a la operación de fusión o asimilada, a saber: que no se funde en motivos económicos válidos tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de la entidades que intervienen en la operación; y que esté fundada en la finalidad de conseguir una nueva ventaja fiscal.

La concurrencia de ambos elementos caracterizadores sería, en consecuencia, necesaria. Significa ello que, si bien la operación podría resultar incomprensible desde un punto de vista económico, en la medida en que no persiguiese la obtención de una ventaja fiscal no existiría causa de inaplicación del régimen. E, igualmente, pudiera llegar a suceder que la operación persiguiese la consecución de una ventaja fiscal, implicando al mismo tiempo una reestructuración o racionalización desde un punto de vista económico. En este último caso tampoco existiría causa de inaplicación.

En cambio, al amparo de una segunda interpretación se trataría de un supuesto especial de inaplicación del régimen fiscal dependiente del general. De acuerdo con este segundo criterio había que estimar que el segundo inciso del antiguo art. 96.2 del RDLeg. 4/2004 describía un su-

puesto de hecho integrado por los dos elementos caracterizadores de la voluntad negocial anteriormente indicados, cuya presencia determinaba que la operación realizada tuviese como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal.

De este modo, y de acuerdo con lo expuesto, el antiguo art. 96.2 del TRLIS admitía la adopción de una interpretación de conformidad con la cual la inaplicación del presente régimen especial se produjese en los siguientes supuestos: cuando la operación tuviera como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, entendiéndose por tales los supuestos de violación frontal del ordenamiento tributario, así como los de fraude a la ley tributaria y de ocultación del hecho imponible mediante simulación; y cuando la operación tuviese la finalidad de conseguir una mera ventaja fiscal, entendiéndose por tal el disfrute de un régimen diferente y más beneficioso del que se hubiera disfrutado en caso de no realizarse la operación siempre y cuando, además, no concudiesen motivos económicos válidos como puedan ser la reestructuración o la racionalización de las actividades.

¿Cuál de estas dos interpretaciones debía ser adoptada? Ciertamente la utilización de la expresión "en particular" con la que se iniciaba el segundo inciso del art. 96.2 del TRLIS sugería que nos hallábamos ante un supuesto de hecho especial dependiente del general contenido en el primer inciso. Sucedió no obstante que, de conformidad con la propia interpretación literal de la norma, parecía deducirse que se trataba, en realidad, de un supuesto autónomo. Este último criterio se desprendía, además, de la propia interpretación de la evolución parlamentaria de la norma.¹⁸

Por nuestra parte nos inclinamos por la adopción del criterio de interpretación autonomista de este

¹⁸ En efecto, ya en el Proyecto de Ley y, más precisamente, en el segundo inciso del art. 110.2 de la antigua Ley 43/1995 se construía una presunción dirigida a probar que la operación en cuestión se había realizado con la finalidad de cometer el fraude o la evasión fiscal. Sin embargo, en el texto legal terminó por desaparecer dicha presunción, conteniéndose en su lugar un supuesto de inaplicación del régimen fiscal.

segundo inciso del párrafo primero del antiguo art. 96.2, máxime si procedemos a comparar lo dispuesto en el citado precepto con el segundo inciso del art. 11.1.a) de la Directiva 434/1990. Tuvo lugar, por tanto, un cambio interpretativo relevante respecto de lo dispuesto en la regulación precedente, durante cuya vigencia la inaplicación del régimen contenido en el antiguo Capítulo VIII del Título VII únicamente se producía cuando la Administración tributaria probase que la operación se realizó con fines de fraude o de evasión fiscal. Por el contrario, de conformidad con la posterior regulación adoptada la inaplicación se producía, además, cuando la operación deparase la consecución de una ventaja fiscal y no concudiesen motivos económicos válidos tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de la entidad. Téngase presente además que, al amparo de lo declarado por el TJUE en su Sentencia de 20 de mayo de 2010, la referencia al “fraude o evasión fiscal” contenida en el antiguo art. 96.2 del TRLIS debía entenderse limitada a la imposición sobre la renta (IS, IRPF e IRNR), cubierta por la aplicación del régimen especial, y no a otros impuestos no cubiertos por la Directiva 90/434/CEE tales como el ITPyAJD. La cláusula del citado art. 96.2 del RDLeg. 4/2004 no podía trasladar sus efectos al ITP.

En suma, estimamos que la redacción del antiguo art. 96.2 del TRLIS (art. 110.2 de la anterior Ley 43/1995) admitía la adopción de una interpretación en virtud de la cual la inaplicación del régimen previsto en el Capítulo VIII del Título VII del RDLeg. 4/2004 tuviese lugar en los siguientes supuestos: cuando la operación tuviera como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, entendiendo por tales aquellos supuestos de violación frontal del ordenamiento tributario, así como aquellos otros de fraude a la ley tributaria y ocultación del hecho imponible mediante simulación; y cuando la operación tuviese la finalidad de conseguir una mera ventaja fiscal, entendiéndose por tal el disfrute de un régimen diferente y más beneficioso de aquel otro que se hubiera disfrutado en caso de no realizarse la operación, no concurriendo además motivos económicos válidos tales como la reestructuración o la racionalización

de las actividades.

¿Qué debe entenderse por “ventaja fiscal”? De conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la LGT, parece lógico estimar que se logra una ventaja fiscal en aquellos casos en los que se evita total o parcialmente la realización del hecho imponible, o bien cuando se minora la base imponible o la deuda tributaria. Dicha ventaja fiscal podría generarse en aquellas entidades que intervienen en la operación u operaciones societarias, o bien en los socios. Y podría producirse en el IS o en cualquier otro impuesto.

En nuestra opinión, difícilmente podrá existir una ventaja fiscal con la realización de una sola operación societaria. Lo normal será que la ventaja pueda apreciarse a resultas de la existencia de dos o más operaciones societarias encadenadas. Así, por ejemplo, tratándose de una operación societaria individual podrá existir una ventaja fiscal cuando, con motivo de la realización de la operación societaria, se permita la aplicación de regímenes fiscales que llevan aparejados incentivos fiscales que antes no existían, así como cuando la realización de la operación societaria permita la compensación de bases imponibles negativas que no se hubieran producido sin aplicar el régimen especial o la aplicación de créditos fiscales, o en el supuesto de que la tributación indirecta se viese reducida en sede de las entidades o de los socios.

Y, respecto de las operaciones societarias conjuntas, podría originarse una ventaja fiscal: cuando con posterioridad a la realización de la operación societaria acogida al régimen especial se minore la tributación aplicable a los socios; cuando la operación societaria efectuada resulte ser previa a la transmisión de patrimonios, directa o indirecta, que suponga una tributación inferior; y cuando, con motivo de la realización de una serie de operaciones societarias encadenadas, se vulneren alguno de los requisitos sustanciales para poder acogerse a la aplicación del régimen especial. En cambio, la propia aplicación del régimen especial no constituiría una ventaja fiscal.

Queda claro, en consecuencia, que la aplicación del presente régimen especial lleva consigo el disfrute de unos beneficios fiscales tales como el diferimiento en la tributación o la subrogación de los derechos. Y, *a priori*, la eventual ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen no debe ser motivo para inaplicar el régimen especial. Téngase presente que en otro caso hubiera bastado con que el art. 96 del antiguo TRLIS hubiera establecido únicamente la primera condición, relativa a la inexistencia de motivos económicos válidos, para inaplicar el régimen especial, ya que siempre existiría una ventaja fiscal.¹⁹

¹⁹ De cualquier manera debe reconocerse que, en determinadas ocasiones, resulta ciertamente difícil entrar a deslindar entre la ventaja fiscal y la aplicación del régimen. Así, por ejemplo, dada una determinada Sociedad A que resultase ser tenedora de acciones y que tuviese las acciones de una segunda Sociedad B, con la que no tuviese ninguna relación, la operación de fusión podría realizarse de dos maneras claramente diferenciadas. En primer lugar cabría la posibilidad de que la Sociedad A adquiriese las acciones a los socios de la Sociedad B. Dicha operación, en principio, no podría acogerse a la aplicación del presente régimen especial. Con motivo de la realización de dicha compraventa los socios de la Sociedad B tributarían de acuerdo con el régimen de su imposición directa (IRPF o IS). En el supuesto de que fuesen sujetos pasivos del IRPF aplicarían los correspondientes coeficientes de abatimiento y tributarían como renta del ahorro a un tipo de gravamen que, tras la reforma operada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, se sitúa en el 20% en 2015 y el 19% en 2016 respecto de los primeros 6.000 euros, pasando a tributar el ahorro de entre 6.000 y 24.000 euros al 22% en 2015 y al 21% en 2016, las rentas del ahorro de entre 24.000 y 50.000 euros al 22% en 2015 y al 21% en 2016 y las superiores a 50.000 euros al 24% en 2015 y al 23% en 2016. Y, siendo los socios personas jurídicas, integrarían la ganancia patrimonial en su base imponible y, en su caso, aplicarían la deducción por doble imposición que establece en la actualidad el art. 31 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades (deducción para evitar la doble imposición jurídica: impuesto soportado por el contribuyente). Por lo que respecta a la segunda posibilidad anteriormente apuntada, sería aquella en virtud de la cual la Sociedad A constituyese una tercera Sociedad C, la cual adquiriese las acciones a los socios de B y, con posterioridad, realizase una fusión impropia, de manera que C absorbiese a B acogiéndose a la aplicación del presente régimen especial, con los beneficios previstos al efecto. En este último caso, las distintas ventajas fiscales establecidas en el citado precepto, ¿llevarían a inaplicar por sí solas el régimen especial? Desde nuestro punto de vista la respuesta a dicha cuestión habría de ser negativa, ya que siempre habría de concurrir la ausencia de motivo económico

En todo caso, y sin perjuicio del análisis que más adelante se efectuará, téngase presente a este respecto que la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, establece en su art. 89 que se entenderá que las operaciones reguladas en el presente régimen especial aplican el régimen establecido en el mismo, salvo que expresamente se indique lo contrario a través de comunicación dirigida a la Administración tributaria.

Concretamente la realización de las operaciones a que se refieren los arts. 76 y 87 de la Ley (operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores, cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea y operaciones de aportaciones no dinerarias) habrán de ser objeto de comunicación a la Administración tributaria por la entidad adquirente de las operaciones, salvo que la misma no sea residente en territorio español, en cuyo caso dicha comunicación se realizará por la entidad transmitente. Esta comunicación ha de indicar el tipo de operación que se realiza y si se opta por no aplicar el régimen fiscal especial previsto al efecto.

Tratándose de operaciones en las cuales ni la entidad adquirente ni la transmitente sean residentes en territorio español la citada comunicación deberá ser presentada por los socios, que deberán indicar que la operación se ha acogido a un régimen fiscal similar al anteriormente indicado. Dicha comunicación se ha de presentar en la forma y plazos que se determine reglamentariamente. La falta de presentación en plazo de esta comunicación constituye infracción tributaria grave, concretándose la sanción susceptible de ser impuesta al efecto en multa pecuniaria fija de 10.000 euros por cada operación respecto de la que hubiese de suministrarse información.

válido. Concretamente, y por lo que respecta al supuesto planteado, cabría estimar que la constitución de la entidad C, la adquisición de las acciones de B y la fusión por absorción se han realizado de manera encadenada con la finalidad de tratar de obtener la ventaja fiscal, no existiendo reestructuración sino, por el contrario, la voluntad de adquisición de unas acciones.

En todo caso establece el apartado segundo de este nuevo art. 89 de la Ley 27/2014 que el presente régimen especial no se aplicará cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal y, en particular, cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

Aquellas actuaciones de comprobación susceptibles de ser desarrolladas por la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.

III. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE “VENTAJA FISCAL” A LA LUZ DE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA.

A lo largo de numerosas contestaciones a consultas²⁰ la DGT ha venido poniendo de manifiesto que el fundamento de la aplicación del presente régimen especial (aplicable, como es sabido, en lugar del régimen general establecido para estas mismas operaciones), reside en el hecho de que la fiscalidad no debe constituir un freno ni un estímulo de cara a la toma de decisiones de las empresas sobre las operaciones de reorganización, máxime cuando la causa que impulsa su realización se fundamenta en motivos económicos válidos, los cuales han de ser probados por el sujeto pasivo, siendo en ausencia de justificación suficiente la Inspección la encargada de aplicar el régimen general. Ahora bien, cuando la causa que motiva la realización de esta clase de operaciones es meramente fiscal (es decir, cuando su razón de ser se concreta en la consecución de una determinada ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente) no ha de ser aplicable dicho régimen especial.

Entre los distintos motivos económicos válidos que

²⁰ Pueden citarse, entre otras, las Resoluciones de 26 de abril, 22 de junio y de 2 y 4 de julio de 2007, así como de 5 de octubre de 2006.

han sido admitidos por la Administración tributaria a los fines de la aplicación del presente régimen fiscal especial se encuentran, los siguientes: conseguir una simplificación de los costes administrativos o laborales y de ahorro de cargas burocráticas²¹; alcanzar una simplificación de las obligaciones mercantiles y fiscales²²; centralizar la planificación y la toma de decisiones²³; mejorar la capacidad comercial, de administración y de negocios con terceros²⁴; reforzar la situación financiera de la entidad²⁵; centralizar las actividades con la finalidad de lograr economías de escala, con un aumento de la solvencia y una mejor colocación; adaptar las dimensiones productivas a las demandas del sector; permitir el agrupamiento de instalaciones; optimizar los cos-

²¹ La admisión de este motivo queda recogida, por ejemplo, en las Resoluciones de la DGT de 10 de febrero, 18 de mayo, 20 de septiembre y 26 de diciembre de 2005, 13 de enero, 10 de febrero, 23 de marzo, 9 y 25 de mayo, 14 de junio, 31 de octubre y 28 de diciembre de 2006, 21 de febrero, 19 de marzo, 10, 17 y 22 de mayo, 21 de junio, 19 de julio, 19 de septiembre, 10 de octubre y 29 de noviembre de 2007 y de 17 de enero, 7 y 27 de febrero, 10 de marzo, 3, 7 y 28 de abril y 22 y 23 de mayo de 2008.

²² Este motivo ha sido admitido, por ejemplo, en las Resoluciones de la DGT de 10 de febrero, 18 de mayo, 4 de julio y 19 de septiembre de 2005, de 8 de marzo y 3 de noviembre de 2006, de 17 de mayo, 26 y 28 de junio, 11, 19, 24 de septiembre de 2007 y de 7 y 27 de febrero de 2008.

²³ La admisión de este motivo económico válido quedó puesta de manifiesto, entre otras, en las Resoluciones de la DGT de 10 de febrero, 20 y 22 de septiembre de 2005, 18 y 25 de enero, 23 de febrero, 14 de junio de 2006, 8 y 21 de febrero, 2 de marzo, 19 de abril, 26 de junio, 10, 14 y 25 de septiembre y 5 de octubre de 2007 y de 14 de febrero, 7 de marzo, 10, 24 y 28 de abril de 2008.

²⁴ La razón de ser de la admisión de este motivo económico válido puede encontrarse, entre otras, en las Resoluciones de la DGT de 10 de febrero, 19, 20 y 22 de septiembre y 21 de octubre de 2005, 13, 18 y 25 de enero, 23 de febrero, 25 de mayo, 7 y 14 de junio, 28 de julio y 29 de noviembre de 2007, 21 de febrero, 19 de abril, 17 y 25 de mayo, 26 de junio, 19 de julio, 1 de agosto, 10 y 24 de septiembre y 5 de octubre de 2007 y de 14 de enero, 14 y 29 de febrero, 7 de marzo, 7, 10 y 29 de abril de 2008.

²⁵ Así lo tiene declarado la DGT, entre otras, en sus Resoluciones de 18 de febrero, 1 de abril, 18 de mayo y 19 y 20 de septiembre de 2005, 21 de abril, 9 de mayo y 3 de noviembre de 2006, 21 de febrero, 20 de marzo, 22 de mayo, 12 de junio, 6 de julio, 11 de septiembre, 8 y 11 de octubre, 29 de noviembre de 2007 y 14 y 17 de enero y 7 de abril de 2008.

tes comerciales y de intermediación, así como los recursos disponibles; simplificar y racionalizar la estructura empresarial²⁶; unificar bajo un mismo canal de distribución todas las actividades de las entidades; permitir la elaboración, firma y cumplimiento de un protocolo familiar en el que se establezcan las líneas futuras de actuación del grupo; impedir la dispersión del patrimonio familiar salvaguardando el mismo de contingencias futuras; reforzar la estructura financiera, dotando a cada negocio de los recursos financieros adecuados a su especificidad; potenciar la capacidad financiera de los socios, evitando el surgimiento de posibles diferimientos en la percepción de los dividendos; facilitar la llevanza de la contabilidad y reducir el coste que la misma conlleva; reestructurar empresarial y económicamente las actividades; unificar la dirección, administración y gerencia de las distintas entidades, generando con ello un ahorro de costes, así como una mayor solvencia frente a terceros a efectos de la concesión de préstamos, líneas de crédito, avales, etc.²⁷; racionalizar decisiones a la hora de optar a concursos públicos, evitando que entidades del mismo grupo acudan a idéntico concurso; separar y diversificar riesgos²⁸; facilitar a las sociedades filiales asistencia en materias como asesoría, administración, financiación o promoción, pretendiendo un uso más eficiente de los recursos propios, ajenos, técnicos y

humanos; simplificar los posibles problemas futuros de sucesión; separar económicamente actividades de distinta índole con la intención de diversificar las mismas, atribuyendo a cada sociedad la estructura adecuada a su actividad por ella desarrollada²⁹; separar jurídicamente diversas clases de actividades, permitiendo a todas las sociedades contar con balances y *ratios* financieros acordes a los propios de las sociedades de su específico sector económico; garantizar operaciones financieras a través de la matriz sin necesidad de comprometer los bienes personales de los socios personas físicas; acometer ampliaciones de capital en las sociedades participadas; llevar a cabo una gestión y toma de decisiones más ágil y fluida; concentrar en una única sociedad la cartera de valores objeto de aportación y, por tanto, la gestión, administración y planificación; conseguir una imagen unitaria frente a terceros, facilitando la percepción externa del grupo empresarial frente a terceros³⁰; controlar la gestión coordinada en todas las entidades; aumentar el ámbito geográfico de la actividad, con acceso a nuevos mercados; afrontar en condiciones ventajosas la situación de competencia en la economía; conseguir objetivos de diversificación en la cartera inmobiliaria en localizaciones más rentables; aprovechar economías de escala y de sinergias que puedan existir entre diversas entidades³¹; simplificar la estructura empre-

²⁶ Acerca de la admisión de este motivo véanse, entre otras, las Resoluciones de la DGT de 26 de diciembre de 2005, 10 de febrero, 31 de octubre y 28 de diciembre de 2006, 10 de mayo, 19 de julio, 11 y 12 de septiembre y de 8 y 10 de octubre de 2007, así como de 11, 19, 20, 21, 25, 27 de febrero, 10 de marzo, 3, 4, 7, 10 y 28 de abril y de 23 de mayo de 2008.

²⁷ Véanse, en relación con la admisión de este motivo, las Resoluciones de la DGT de 19 y 20 de septiembre de 2005, 9 de mayo, 7 de julio, 3 y 29 de noviembre y 22 de diciembre de 2006, 21 de febrero, 16 de marzo, 22 y 25 de mayo, 21 de junio, 6 y 11 de julio, 1 de agosto, 10, 11, 19 y 24 de septiembre, 8 de octubre, 6 y 29 de noviembre de 2007 y de 14 y 17 de enero, 29 de febrero, 7 de marzo, 10, 11, 14 y 28 de abril y 22 de mayo de 2008.

²⁸ La admisión de este motivo quedó puesta de manifiesto, entre otras, en las Resoluciones de la DGT de 8 de marzo, 31 de mayo y 31 de octubre de 2006, 21 y 30 de mayo, 21 y 28 de junio, 14 y 24 de septiembre y 7 de noviembre de 2007 y de 6, 11, 19 y 20 de febrero y 20 de mayo de 2008.

²⁹ Véanse, a este respecto, las Resoluciones de la DGT de 18 de mayo y 26 de octubre de 2005, de 21 de marzo, 18 de abril, 17 de mayo, 11 de septiembre y de 10 y 31 de octubre de 2006, de 22 de enero, 1, 14 y 22 de marzo, 14 y 21 de mayo, 14 de septiembre, 10 y 30 de octubre, y 7 de noviembre de 2007 y de 7, 14, 19, 20 y 29 de febrero, 3, de marzo, 7, 8, 10 y 11 de abril y 20 de mayo de 2008.

³⁰ Acerca del alcance de este motivo económico válido véanse, entre otras, las Resoluciones de 20 y 22 de septiembre de 2005, 18 de enero y 25 de enero, 23 de febrero, 8 de marzo, 10 y 31 de octubre y 18 de diciembre de 2006, 19 de abril, 17 y 22 de mayo, 26 de junio, 10 y 25 de septiembre, 5 de octubre y 21 de noviembre de 2007 y de 17, 28 y 31 de enero y 14, 25 y 29 de febrero de 2008.

³¹ A la admisión de este motivo se refieren, entre otras, las Resoluciones de la DGT de 26 de octubre de 2005, 31 de mayo y 18 de diciembre de 2006, 21 de febrero, 27 de marzo, 22 de mayo, 2 y 11 de julio, 25 de septiembre, 8 de octubre y 5 de noviembre de 2007, 28 de enero, 20, 25, 27 y 29 de febrero, 6 de marzo y 8 y 24 de abril de 2008.

sarial del grupo, con el consiguiente ahorro de costes; conseguir una optimización de recursos propios, ajenos, técnicos y humanos; simplificar los posibles problemas futuros de sucesión; y unificar la política accionarial de la familia para garantizar así la supervivencia de los negocios.³²

Tal y como afirmó el TEAC en su Resolución de 11 de septiembre de 2008 no hay motivo económico válido en la absorción de una sociedad sin actividad económica alegándose reducción de costes o desequilibrio patrimonial debido a que, en opinión del Tribunal, lo procedente hubiera sido llevar a cabo una ampliación de capital. A juicio del TEAC (cuya Resolución se refería a la regulación contenida en el Capítulo VIII del Título VIII de la antigua LIS), no se aprecia "razón económica válida" en la absorción de una sociedad transparente cuyo activo no estaba afecto a ninguna actividad económica. Estima el citado Tribunal que no cabe hablar de "reestructuración empresarial" cuando no existe "actividad empresarial", no pudiendo considerarse como motivo económico válido de suficiente entidad la simple reducción de costes. Igualmente sostiene el TEAC que no puede apreciarse "razón económica válida" en la absorción de una sociedad inactiva. Y tampoco constituyen motivos económicos válidos la situación de desequilibrio patrimonial de la entidad absorbida (ya que, en opinión del Tribunal, ante la misma lo procedente hubiese sido realizar una ampliación de capital para reducir pérdidas, sin necesidad de acudir a una absorción) o la realización de la operación de fusión al objeto de que la entidad absorbente pueda compensar las bases imponibles negativas de la absorbida.

Ya con anterioridad declaró este mismo Tribunal en su Resolución de 14 de febrero de 2008 que no resulta de aplicación el régimen de fusiones al haberse pretendido la elusión fiscal con motivo

³² La consideración de este motivo como "motivo económico válido" queda recogida, entre otras, en las Resoluciones de 19 y 22 de septiembre de 2005, 18 y 25 de enero, 23 de febrero, 23 de marzo, 9 y 31 de mayo, 14 de junio, 7 de julio, 11 de septiembre, 31 de octubre y 18 de diciembre de 2006, 21 de febrero, 19 y 25 de abril, 17 de mayo, 2 de julio, 10 y 14 de septiembre, 5 de octubre de 2007 y de 14 y 28 de enero, 13, 14 y 29 de febrero, 7,9 y 28 de abril y 14 de mayo de 2008.

de la absorción de una sociedad que tuvo pérdidas el ejercicio anterior, procurándose así lo que no se había conseguido con la compra de las acciones, que habrían exigido compensar la base negativa existente con una positiva posterior de la misma entidad que había quedado inactiva. En cambio, mediante Resolución de 29 de mayo de 2008 estimó el TEAC, refiriéndose a la aplicación del presente régimen especial a una operación de absorción de varias entidades por otra sociedad produciéndose una simultánea escisión total de ésta en otras tres de nueva creación con la finalidad de ser posteriormente absorbidas, que no cabía aludir a la existencia de una verdadera finalidad de reestructuración, produciéndose por el contrario una simple ordenación de las actividades destinada a la posterior venta de las entidades, previamente pactada. Y, en base a ello, se concluyó que el "motivo económico válido" resultaba inexistente, siendo la aplicación del régimen especial improcedente.

De acuerdo con lo manifestado por el TEAC en dicha Resolución, a resultas de la realización de la citada operación de absorción de varias entidades por otra sociedad y la simultánea escisión total de ésta última en otras tres de nueva creación (que fueron posteriormente absorbidas cada una de ellas por las tres reclamantes) cabe aludir a la existencia de un claro ánimo de elusión fiscal, no manteniéndose la proporcionalidad, al utilizarse el reparto de participaciones en las sociedades resultantes de la escisión con la finalidad de minorar la tributación. Y tampoco se pretende una reestructuración, sino una ordenación de las actividades de cara a la posterior venta a una de las reclamantes, previamente pactada. Añade además el TEAC que en el presente caso no procede la instrucción del procedimiento especial de declaración de fraude de Ley, en tanto en cuanto no hay una norma eludida ni una norma de cobertura, sino que se opta por un régimen fiscal especial regulado en una sola norma, que la Inspección estimó que no procedía aplicar por no cumplirse los requisitos exigidos.³³

³³ En parecidos términos estimó el TEAC en su Resolución de 26 de junio de 2008 que no existe motivo económico

Adquiere por ejemplo la consideración, a juicio de la DGT, de motivo económico válido los siguientes: operación de escisión realizada con la finalidad de separar la gestión de una sociedad entre diversas personas de un grupo familiar, procediéndose a la preparación de una futura sucesión asegurando la supervivencia de la empresa que tiene una configuración familiar y facilitando una diversificación de los riesgos empresariales y de las fuentes de financiación de las empresas beneficiarias (contestación de la DGT a Consulta de 17 de diciembre de 2010)³⁴; operación de reestructuración proyectada con la finalidad de

válido tratándose de una operación de escisión total en virtud de la cual una rama familiar de socios controla el arrendamiento de inmuebles y la otra la promoción inmobiliaria, evitándose con la aplicación del régimen especial tributar por dicha separación y no atribuyéndose proporcionalmente a los socios de la sociedad escindida las participaciones de las adquirentes. La vía natural, fiscalmente más gravosa, sería la disolución o separación. En efecto, en el concreto supuesto analizado por el Tribunal ninguno de los socios de la sociedad escindida conservó en las beneficiarias el mismo porcentaje de participación que tenía en aquella. Y la vía natural para la separación de los socios, más gravosa fiscalmente por no estar incluida en dicho régimen, habría sido la relativa a la disolución o separación de socios. En base a ello concluyó el TEAC que no es de aplicación el presente régimen fiscal especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores a una operación de escisión total en aquellos casos en los que la misma se realiza con fines de evasión fiscal, no resultando posible además la aplicación parcial del régimen especial en tanto en cuanto la regla de la proporcionalidad ha de ser respetada en el conjunto de las sociedades adquirentes. Para el Tribunal la operación de escisión total llevada a cabo estaba caracterizada por la existencia de un componente de artificiosidad, dada la falta de proporcionalidad cualitativa existente, la cual habría de respetarse en el conjunto de las sociedades adquirentes, determinando lo anterior la ausencia de motivo económico válido. Véase igualmente la Resolución de este mismo Tribunal de 14 de mayo de 2008 en la que, al hilo de un supuesto en el que se producía la escisión de una entidad en la que los socios de las sociedades beneficiarias, antes incluso de iniciar la actividad, vendían sus participaciones a un tercero acogiéndose a la tributación reducida como consecuencia de los coeficientes de abatimiento, se concluyó que no cabía estimar la concurrencia de un motivo económico válido, resultando en consecuencia improcedente la aplicación del régimen especial. Precisó además el TEAC en esta última Resolución que la exigencia de que concurra un motivo económico válido de cara a la aplicación del presente régimen especial se producía ya con anterioridad incluso a la entrada en vigor de la redacción dada al art. 110.2 de la antigua LIS por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que lo recogía de forma expresa.

mejorar las actividades que se realizan a nivel organizativo, repartiendo el riesgo de las actividades y facilitando la entrada de nuevos socios (contestación a Consulta de 27 de diciembre de 2010); operación de fusión proyectada con la finalidad de lograr una estructura societaria más sencilla que suponga un ahorro de costes de gestión y la eliminación de estructuras societarias redundantes (contestación de la DGT a Consulta de 4 de enero de 2011); operación de fusión realizada con el objetivo de concentrar en una única empresa del grupo los activos inmobiliarios para evitar duplicidades y costes de gestión, administrativos, financieros, contables y los correspondientes a la adopción de acuerdos para mantener dos sociedades (Resolución de la DGT de 12 de enero de 2011); operación de reestructuración proyectada con la finalidad de controlar el riesgo patrimonial de la entidad, dotándola de un mayor inmovilizado y de una mayor potencia económica a los efectos de proceder a llevar a cabo nuevas inversiones inmobiliarias en las que poder ubicar el crecimiento de la actividad desarrollada por el grupo empresarial (Resolución de la DGT de 12 de enero de 2011); operación de reestructuración planteada con la finalidad de lograr una gestión individualizada y más eficiente de la estructura empresarial de su propia unidad familiar (Resolución de la DGT de 20 de enero de 2011); operación de fusión proyectada con la finalidad de centralizar las actividades para lograr economías de escala, con aumento de la solvencia y mayor coordinación, simplificando y aligerando la estructura empresarial del grupo para lograr una organización sobre la base de la racionalización de la gestión siguiendo la lógica económico-empresarial (contestación de la DGT a Consulta de 1 de febrero de 2011)³⁵; operación

³⁴ En esta misma línea se sitúa, además, la Resolución de la DGT de 17 de diciembre de 2010, relativa a una operación de fusión proyectada con la finalidad de simplificar la organización del grupo, eliminando sociedades que llevan a cabo la misma o similar actividad, con el consiguiente ahorro de costes.

³⁵ Idéntico criterio resulta de aplicación, por ejemplo, tratándose de: una operación de reestructuración realizada con la finalidad de clarificar y separar los resultados obtenidos por las explotaciones turísticas, los campos de golf y los resultados que pueda llegar a generar la propiedad de los distintos establecimientos y la

de reestructuración realizada con la finalidad de aislar los riesgos del negocio inherentes a cada proyecto empresarial, así como de optimizar la política comercial, disponiendo de una contabilidad separada que aporte una visión analítica de la marcha de los negocios dentro del grupo comercial asignando recursos específicos a cada proyecto ya facilitando el acceso a nuevos inversores en los distintos proyectos empresariales (Resolución de la DGT de 15 de junio de 2011); o una operación de reestructuración realizada por una entidad pública empresarial dedicada a la prestación de servicios de transporte ferroviario, con la finalidad de cumplir con las directrices de la

promoción inmobiliaria, simplificando la operativa financiero-contable (contestación de la DGT a Consulta de 4 de marzo de 2011); una aportación proyectada con la finalidad de realizar una reestructuración de la empresa, conseguir una mayor especialización en el mercado y diversificar los riesgos (contestación de la DGT a Consulta de 6 de mayo de 2011); operación de fusión realizada con la finalidad de eliminar toda gestión administrativa, financiera y contable relativa a una de las entidades fusionadas, suprimiéndose el conjunto de los costes que ello conlleva (contestación de la DGT a Consulta de 12 de mayo de 2011); una operación de escisión parcial realizada con el objetivo de buscar una mayor racionalización de la explotación y una mejor captación de capitales para la financiación de proyectos, procediendo a separar el riesgo de la actividad de promoción de la de arrendamiento de viviendas y mejorar la gestión del endeudamiento (contestación de la DGT a Consulta de 23 de septiembre de 2011); operación de escisión parcial proyectada con el objetivo de centralizar en una única sociedad el arrendamiento de inmuebles, con el consiguiente ahorro de costes y la consecución de economías de escala (contestación de la DGT a Consulta de 3 de octubre de 2011); operación de canje de valores proyectada con la finalidad de permitir aunar las decisiones y centralizar la planificación de las empresas del grupo, facilitando el control y la toma de decisiones, así como la estructura de la empresa familiar, simplificándose los problemas futuros de sucesión (contestación de la DGT a Consulta de 3 de octubre de 2011); operación de escisión proyectada con la finalidad de aislar los activos propiedad de una empresa no afectos a un negocio de consignación marítima y las actividades accesorias a éste del riesgo empresarial del citado negocio (contestación a Consulta de 21 de octubre de 2011); y de una aportación por parte de unos comuneros de las cuotas alícuotas de participación en la comunidad de bienes sobre determinados inmuebles afectos a la actividad de arrendamiento al objeto de preservar el patrimonio inmobiliario de la comunidad de bienes, racionalizar el desarrollo de la actividad arrendaticia profesionalizando su gestión y limitar las responsabilidades personales derivadas del negocio (contestación de la DGT a Consulta de 3 de noviembre de 2011).

Unión Europea en materia de transporte ferroviario de mercancías y con el Plan Estratégico para el Impulso del Transporte Ferroviario de Mercancías en España (Resolución de la DGT de 4 de julio de 2011).

Mediante contestación a Consulta de 11 de febrero de 2011 analizó la DGT una concreta operación en virtud de la cual una entidad de crédito A de nacionalidad española y con residencia fiscal en España que se hallaba inmersa en un proceso de redimensionamiento de su red de oficinas o sucursales que realizaban la actividad de banca comercial llegaba a un acuerdo con una entidad de crédito francesa F, la cual tenía la intención de potenciar su presencia en el mercado ibérico, de cara a explotar dicho negocio a través de una estructura coparticipada. Para el desarrollo de esta estructura se había acordado utilizar a la entidad B, que poseía licencia bancaria, íntegramente participada por A y que desarrollaba el negocio hipotecario del grupo perteneciente a A, orientado a la financiación del sector inmobiliario. La actividad principal de B era la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, disponiendo para ello de los correspondientes medios materiales y personales.

Se planteaba así, la realización de las siguientes operaciones de reestructuración. En primer lugar, A traspasaría a B, en el marco de una operación de segregación, las sucursales que posee con los medios materiales y humanos necesarios para el desarrollo de su actividad. Los inmuebles en que se desarrollase la actividad, en la medida en que fuesen propiedad de A, serían también objeto de aportación. Para aquellos inmuebles que estuviesen arrendados se produciría la subrogación en los contratos de arrendamiento de los mencionados inmuebles. La sociedad A contabilizaría la participación recibida en el capital de B, consecuencia de la ampliación del capital de esta última, por el mismo valor contable del negocio de banca comercial aportado. Posteriormente B llevaría a cabo una operación de escisión parcial impropia con la finalidad de traspasar a A el negocio hipotecario que actualmente realiza. Esta operación se realizaría sin ampliación de capital, siendo posible que algún activo residual no fuese

traspasado por motivos legales. No obstante, desde el punto de vista contable, A reduciría el valor de su participación en B, de manera que ésta, posteriormente a la operación, quedase registrada contablemente por el valor neto contable de los activos y pasivos que se traspasan a B con ocasión de la operación de segregación de las sucursales. Finalmente A transmitiría el 50% de las acciones de B a la entidad F.

Este conjunto de operaciones habría de realizarse con la finalidad de que, entidades con similitud en su perfil de negocio, con presencia destacada en la banca comercial y colaboración ya iniciada en 2008, incrementaran la misma a través de un negocio bancario coparticipado al 50%. Esta estructura permitiría ampliar dicho negocio mediante la adquisición futura de sucursales excedentarias de las cajas de ahorros, aprovechando un banco ya existente con la correspondiente licencia bancaria. Asimismo la implantación de esta medida llevaría aparejado un acuerdo de financiación del vehículo y abre una vía de mantenimiento del negocio.

Habiéndose suscitado la cuestión relativa a si a las operaciones descritas podría resultar de aplicación el régimen fiscal especial contenido en el antiguo Capítulo VIII del Título VII del TRLIS se encargó de precisar la DGT que, con carácter general, la aplicación del régimen fiscal especial requiere que el patrimonio segregado constituya una rama de actividad diferenciada de otra rama que asimismo permanezca en la entidad escindida. En el presente caso concreto se producía dicha circunstancia, en la medida en que la actividad segregada constituida por el negocio hipotecario contaba con medios personales y materiales diferenciados de la actividad bancaria minorista que permanecía en la entidad escindida, si bien se contaba con la particularidad de que la propia actividad bancaria minorista había sido aportada con carácter inmediato a la operación de segregación anterior. No obstante, teniendo en cuenta la circunstancia de que la actividad desarrollada por las sucursales no fue creada ad hoc para cumplir este requisito (sino que se venía desarrollando en el tiempo), unido al hecho de que la operación planteada con-

tase con una motivación económica al margen de la fiscal, se podía considerar que la operación de escisión parcial impropia cumplía los requisitos exigidos en el TRLIS para la aplicación del régimen fiscal especial. Por otra parte, la propia configuración del concepto de rama de actividad no se vería alterado por el hecho de que, por motivos legales, no fuese posible traspasar algún activo o pasivo residual.

En relación con la valoración fiscal de las acciones de la entidad B, una vez realizadas ambas operaciones, la misma deberá coincidir con el valor que tenía la rama de actividad constituida por las sucursales y que han sido objeto de aportación. De este modo, aún cuando la operación de escisión parcial impropia no lleve consigo una reducción de capital en el ámbito mercantil, en el ámbito contable la misma producirá una reducción del valor de la participación que A ostenta en B, de manera que dicha participación se valorará contablemente por el valor neto contable de los activos y pasivos que se traspasan a B con ocasión de la operación de segregación de las sucursales. Igual valoración corresponderá en el ámbito fiscal, siempre que no exista diferencias de valoración contable y fiscal de dichos activos y pasivos. Dicho valor deberá tenerse en cuenta a los efectos de la transmisión posterior del 50% de dicha participación.

Y, en relación con la cuestión relativa a la concurrencia de un motivo económico válido, estima la DGT que esta clase de operaciones se realizan con la finalidad de que, entidades con similitud en su perfil de negocio, con presencia destacada en la banca comercial y colaboración ya iniciada en 2008, incrementen la misma a través de un negocio bancario coparticipado al 50%. Esta estructura permitiría ampliar dicho negocio mediante la adquisición futura de sucursales excedentarias de las cajas de ahorros, aprovechando un banco ya existente con la correspondiente licencia bancaria. Asimismo la implantación de esta medida lleva aparejado un acuerdo de financiación del vehículo y abre una vía de mantenimiento del negocio. Y estos motivos fueron considerados económicamente válidos a los efectos de lo previsto en el antiguo art. 96.2 del TRLIS.

Por su parte, mediante Resolución de 28 de abril de 2011 analizó la DGT el régimen tributario aplicable a un proceso de fusión de tres cajas de ahorros dominantes de sendos grupos fiscales para la constitución de una nueva entidad, con disolución sin liquidación de las cajas absorbidas, reconociendo el citado Centro Directivo que nos hallamos en presencia de una sucesión a título universal en la que las sociedades absorbidas tienen derecho a tributar con sus sociedades dependientes según el régimen de consolidación fiscal, al haber optado en su momento por su aplicación, produciéndose la transmisión de dicho derecho a la nueva sociedad resultante de la fusión desde el instante en que tiene efectos la operación de fusión.

IV. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Mediante Sentencia de 16 de febrero de 2011 la AN analizó un supuesto en el que tanto la Inspección como el TEAC negaron la aplicación del presente régimen especial argumentando, en primer lugar, que no se había probado que la escisión se refiriese a una rama de actividad. Sin embargo en la valoración se tuvo en cuenta el fondo de comercio como integrante de una rama de actividad. Y, en base a ello, declaró la AN que lo transmitido constituía una unidad económica. En efecto, a juicio del citado órgano judicial constituye un motivo económico válido para aplicar el régimen fiscal especial por escisión en el Impuesto sobre Sociedades la división del patrimonio común y la separación de los socios de la sociedad escindida con atribución de la rama de actividad segregada.

Asimismo estimaron la Inspección y el TEAC que no se cumplían los requisitos necesarios para la aplicación del presente régimen especial debido a la falta de proporcionalidad existente en la atribución de participaciones a los socios. Sin embargo, tal y como precisó la AN, dicha proporcionalidad sólo se exige respecto a las escisiones totales y no a las parciales. Siendo el requisito de la proporcionalidad común a la normativa societaria y a la fiscal, la calificación del Registrador Mercantil ha de vincular a la Administración tributaria.

La entidad interpuso pues recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del TEAC en relación con la liquidación girada por la Inspección efectuada a la citada operación acogida al régimen fiscal especial de fusiones previsto en el antiguo TRLIS que la parte actora había aplicado a una escisión parcial. Como ya se ha indicado la Administración estimó que no existía rama de actividad en el conjunto de elementos transmitidos, de manera que no procedía la aplicación del citado régimen fiscal especial, Y, con carácter adicional, se argumentó que dicha operación no se había llevado a cabo por un motivo económico válido.

De entrada la AN analiza la consideración de rama de actividad al objeto de la escisión de cara a su acogimiento al régimen fiscal especial de fusiones y escisiones, entendiendo por rama de actividad aquella en la que el patrimonio segregado constituye una unidad económica y permite por sí mismo el desarrollo de una explotación económica en sede de la entidad adquirente.

Por último, frente a la argumentación esgrimida por la Inspección para la no aplicación del régimen en el sentido de que no se realizó por un motivo económico válido sino para la división del patrimonio y para la separación de los socios con atribución de la rama de actividad, afirma la AN que la carga de la prueba del motivo económico no puede ser atribuida absolutamente a la sociedad, tal y como exigía la Inspección, que no calificó los negocios realizados como anómalos. A juicio de la AN el hecho de que la opción elegida implicase un ahorro fiscal no es determinante de cara a considerar que el motivo económico no es válido, habiéndose llevado a cabo la operación entre empresas independientes y produciéndose una real transmisión de activos. De este modo para la AN procedía la estimación del recurso y la anulación de la liquidación.

En relación con el concreto supuesto planteado señaló la AN que, para que lo transmitido se puede considerar rama de actividad, ha de cumplir lo siguiente. Ante todo, y por lo que res-

pecta al alcance de la noción, estima el citado órgano judicial que se trata de un concepto jurídico indeterminado que entraña, no ya sólo la concurrencia de un presupuesto fáctico, sino también la incorporación de elementos o juicios de valor. En el presente caso se ha de recordar que el TEAC rechazó la consideración de rama de actividad de los activos transmitidos por falta de prueba. De este modo a juicio de la AN faltaba un razonamiento coherente relativo a la idoneidad de los activos descritos en la escritura de cesión para configurar una rama de actividad.

En el escrito de demanda la demandante había desarrollado una exposición razonada y argumentada acerca de la concurrencia de los requisitos mercantiles y fiscales de "unidad económica" y "rama de actividad" que la Administración pasó por alto, al igual que sucedió con la calificación del Registrador mercantil, considerándose que la operación es correcta desde un punto de vista mercantil, ya que se inscribió en el Registro Mercantil como escisión, presumiéndose válido y exacto lo inscrito en dicho Registro.

A mayor abundamiento las valoraciones periciales efectuadas partían del hecho de que lo que constituía el objeto de su valoración no era una mera suma de activos y pasivos, sino una rama de actividad diferenciada, ya que de lo contrario no habría sido procedente ni preciso valorar de forma autónoma el fondo de comercio, elemento patrimonial que no sólo resulta predicable de una empresa como tal o, al menos, de un conjunto de elementos capaces de funcionar por sí mismos.

En relación con la presunción de que la operación se realizase con fines de fraude o evasión fiscal sostiene la AN que dicha cuestión igualmente ha de quedar plenamente acreditada por la Administración, enervando la finalidad organizativa o comercial en la que se fundan las decisiones empresariales de este tipo, sin que pueda confundirse lo anterior con el aprovechamiento de determinadas ventajas fiscales mediante los mecanismos tributarios previstos.

Igualmente el principio de neutralidad fiscal de las operaciones societarias de fusión, escisión, aportaciones de activos o canje de valores se fundamenta en la presunción de que, como ya sabemos, nos hallamos en presencia de operaciones neutras desde un punto de vista tributario, ya que el resultado de la operación no produce el surgimiento de un beneficio o de pérdida entre lo que se da y aquello que se recibe que deba ser gravado en dicho momento, motivo por el cual tiene lugar el establecimiento de un régimen fiscal de diferimiento de la tributación al instante en que se manifieste, eventualmente, la plusvalía con ocasión de la realización de una futura enajenación.

Téngase presente además que las operaciones de reestructuración empresarial (fusiones, escisiones, canje de valores y aportaciones de activos), además de por su evidente valor estratégico, se caracterizan por la generación de importantes plusvalías. Y, a través de la citada Sentencia de 16 de febrero de 2011, a la que podría añadirse además la de 9 de marzo de ese mismo año, la AN profundiza en el estudio del concepto de "motivo económico válido", que permite diferir la tributación en dichas plusvalías, reforzando así la doctrina de la DGT a la luz de la cual se estima que la fiscalidad no debe suponer un impedimento para acometer la realización de estas operaciones de reestructuración empresarial.³⁶

³⁶ Tal y como declaró la AN en la citada Sentencia de 16 de febrero de 2011 "(...) *Aun cuando no fuera necesaria la acreditación acerca de las razones en virtud de las cuales se escoge una forma jurídica menos gravosa, la demanda ofrece una explicación complementaria, que a la Sala le resulta satisfactoria –impresión que queda robustecida ante el silencio, también en este punto, de la contestación a la demanda–, en lo relativo a la elección no sólo de la forma de la escisión parcial examinada, sino al iter seguido para la consecución de ese resultado final, analizando los negocios o pasos intermedios, siendo a tal efecto convincente la afirmación que se contiene en el folio 110 de la demanda –sobre la que, tampoco en este caso, hay réplica de la contraparte– en relación con la necesidad de acudir a la adquisición previa de acciones de la sociedad que se trataba de escindir y la posterior segregación de la rama de actividad con adjudicación a dicha entidad R, para preservar el mantenimiento de las patentes cedidas a la escindida por terceros, como A., empresa competidora del grupo R, que incluían cláusulas de prohibición de cesión a terceros sin consentimiento del*

Como ya sabemos la aplicación del régimen fiscal especial previsto en el antiguo Capítulo VIII del Título VII del TRLIS permitía diferir la tributación de las plusvalías que se manifestasen en la realización de esta clase de operaciones, siempre que existiese un motivo económico válido para acometer la reestructuración y no se hubiese realizado con la finalidad de fraude o evasión fiscal. La razón de ser última del presente régimen, tal y como se ha encargado de poner de manifiesto la DGT, no es otra que la fiscalidad no ponga un impedimento para acometer la realización de estas operaciones de reestructuración empresarial necesarias o convenientes por otros motivos tales como los organizativos, financieros, operacionales, etc.

Pues bien, dada la importancia estratégica derivada de la realización de esta clase de operaciones de reestructuración, y teniendo en cuenta, además, las importantes plusvalías que en las mismas se ponen de manifiesto, los contribuyentes se vienen preocupando de planificar y justificar de manera adecuada la existencia del referido motivo económico válido, frente a la postura adoptada por la Administración tributaria, consistente en presumir, en determinadas actuaciones, la existencia o incluso la simulación del mismo.

a AN, a través del citado pronunciamiento de 16 de febrero de 2011 (al que podría añadirse asimismo otro de 9 de marzo de 2011) trató por tanto de delimitar las relaciones y conflictos susceptibles de llegar a plantearse en este tema entre los contribuyentes y la Administración tributaria. El citado órgano judicial manifestó su preocupación acerca de la tendencia adoptada por la Administración tributaria consistente en acudir con excesiva frecuencia a las llamadas cláusulas

cedente, por lo que si la operación se hubiera instrumentado del modo sugerido por la Inspección, esto es, escisión parcial dentro del originario ámbito social, con adquisición ulterior a los socios por parte de R, esto es, mediante un negocio jurídico que no implicase de suyo una sucesión universal de derechos y obligaciones, dicho competidor A podría haber resuelto tales contratos de cesión de patentes, riesgo que no es impensable y que sólo podría conjurarse mediante el empleo de un negocio jurídico que conllevara la sucesión universal, que, según la tesis del recurrente, sólo es posible acudiendo a las operaciones de fusión o escisión".

antifraude, pensadas para combatir situaciones de elusión fiscal mediante el empleo de formas jurídicas desacostumbradas o manifiestamente inidóneas para la consecución del fin económico perseguido en teoría³⁷. Y ello con independencia de la necesidad existente de entrar a concretar un concepto jurídico indeterminado como es el de "motivo económico válido" al que se refería el antiguo art. 96.2 del TRLIS. En este sentido se ha de reconocer que toda doctrina que ayude a concretar un concepto jurídico indeterminado como el de "motivo económico válido" recogido en el citado art. 96.2 del RDLeg. 4/2004 resultaba conveniente siempre y cuando la misma se elaborase desde una óptica prudente.

De acuerdo con lo declarado por la AN a través de las citadas Sentencias, no cabe identificar beneficio fiscal con la presunción de fraude, argumentándose al respecto que, de haber utilizado el contribuyente una alternativa u opción económica distinta, se hubiese tributado más³⁸. En su Sentencia de 16 de febrero del 2011 la AN no apreció, tras analizar el caso concreto, la existencia de un negocio anómalo, simulado o fraudulento, carente de toda concordancia entre lo querido y lo formalmente exteriorizado, lo que supondría la base para la aplicación de la norma limitativa establecida en el antiguo art. 96.2 del TRLIS (anterior art. 110.2 de la LIS de 1995, lo que conllevaría la denegación de la aplicación del beneficio fiscal en cuestión. Para el citado órgano judicial los cambios del citado art. 110 sólo afectaron a la prueba, siendo bastante con la concurrencia de alegación fundada del motivo (causa válida y concorde con la manifestada) aunque no sea prueba plena.

³⁷ Concretamente llegó a denunciar la AN en la citada Sentencia la existencia "de una preocupante tendencia en la Administración tributaria al abuso de las cláusulas antifraude provenientes de la legislación comunitaria, y que han sido concebidas para combatir situaciones de elusión fiscal, mediante formas jurídicas manifiestamente inidóneas para el fin económico".

³⁸ En este sentido la AN aludió a la existencia de una tendencia a la "identificación entre beneficio fiscal y presunción de fraude, así como (...) a la asimilación del concepto de fraude con la idea de que, si se hubiese empleado otra forma jurídica diferente, se habría tributado más, interfiriéndose sobre el principio de la autonomía de la voluntad".

En efecto la AN consideró que la Administración, por los procedimientos que la legitiman (y, en concreto, el procedimiento de las actuaciones de comprobación e investigación inspectoras) había formado prueba de los hechos normalmente constitutivos del nacimiento de la obligación tributaria, siendo ella la que habría de sostener la carga de la prueba, ya que es ella quien aspira a acreditar que tales hechos son reveladores de otra relación distinta. Y, siguiendo el criterio de la Administración, cualquier motivo económico resultaría inválido siempre que se encontrara una opción que determinara un gravamen superior.

La AN no estaba de acuerdo con la línea interpretativa adoptada por la DGT de la "economía de opción a la inversa" la cual, a su juicio, resulta contraria tanto al principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 del Código Civil como a la libertad de empresa consagrada en el art. 38 de la Constitución. Al amparo de las premisas defendidas por la Inspección de los tributos, en el concreto supuesto analizado por la AN a través de los citados pronunciamientos un negocio lícito, válido, querido por las partes y con total ausencia de violencia sobre las formas jurídicas podría conducir a la privación del régimen de diferimiento en las operaciones societarias siempre y cuando resultase posible hallar una alternativa igualmente válida pero más gravosa para el contribuyente. Tal y como precisó la AN *"El uso de la cláusula antifraude por la Administración debe ser excepcional, sin que sea precisa una prueba plena, bastando que el contribuyente alegue de forma razonable la existencia de motivos económicos válidos que, por principio, deben presumirse en todo negocio celebrado al amparo de la libertad de pactos"*.

Por su parte mediante Sentencia de 9 de marzo de 2011 la AN afirmó que en la apreciación de la existencia de motivo económico en fusiones los cambios del antiguo art. 110 de la LIS sólo afectaron a la prueba siendo suficiente con la alegación fundada del motivo (causa válida y concorde con la manifestada), a pesar de no sea prueba plena en relación con la realización de una operación de escisión para posterior

transmisión del bloque comercial escindido. Ya en su Sentencia de 7 de abril de 2011 declaró el TS que aquella fusión que se realiza para compensar bases imponibles negativas entre las fusionadas no es motivo económico válido que permita aplicar el régimen especial.

Téngase presente además a este respecto que, como ya se ha indicado, el régimen especial de fusiones no constituye un beneficio tributario que exija una interpretación estricta y una aplicación restrictiva, sino un tratamiento tributario peculiar que procede cuando se realizan operaciones de reestructuración de empresas. Y, en este sentido, es obligado entender que no se trata tampoco de un tratamiento de incentivo de la organización racional y eficiente de las empresas relacionadas, sino que su justificación es no mantener obstáculos fiscales a esa reestructuración empresarial. Quiere decirse con ello que el citado tratamiento peculiar, más que una concesión, tiene su fundamento en motivos de justicia y de racionalidad.

Con posterioridad, mediante Sentencia de 5 de mayo de 2011, la AN analizó en el presente caso una operación de escisión de una sociedad dedicada al arrendamiento de locales y naves en dos sociedades, cada una de ellas participada al 100% por uno de los dos matrimonios que eran socios de la escindida. En el presente caso el motivo aducido por la entidad fue el de evitar discrepancias sobre la gestión de la sociedad entre los dos socios.

De conformidad con lo declarado por la AN en el concreto supuesto analizado no resultaba admisible la aplicación retroactiva de la modificación del art. 110.2 de la antigua LIS por la Ley 14/2001, incumbiendo a la sociedad escindida acreditar que la escisión se llevó a cabo por motivos económicos válidos y no por ahorro fiscal. Sin embargo la carga de la prueba no puede ser atribuida de manera absoluta a la entidad. Y, en el concreto supuesto examinado, la Inspección se limitó a rechazar la motivación de la entidad, sin acudir a ninguna calificación de negocio anómalo o de fraude de ley y sin justificar o fundamentar el rechazo de las argumentaciones de la entidad.

A juicio de la AN tanto la Inspección como el TEAC aplicaron una presunción *iuris et de iure* de inexistencia de motivo económico válido, frente a lo cual la recurrente razonó en la demanda los motivos económicos determinantes de la escisión total, aceptados por el Tribunal en su integridad. Tal y como afirma la AN *“Con tal de que el negocio aspire razonablemente a la consecución de un objetivo empresarial debe decaer la idea de que la operación tiene como objetivo el fraude o la evasión fiscal”*.

Finalmente en su Sentencia de 1 de junio de 2011 la AN no apreció la concurrencia de motivo económico válido para aplicar el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores tratándose de una operación de escisión total, concluyendo el citado Tribunal que procedía incrementar la base imponible computando a valor de mercado y no según su valoración contable los elementos transmitidos en la operación. Tal y como recuerda la AN en la citada Sentencia *“(…) El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de los empresarios sobre operaciones de reorganización cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso, la fiscalidad quiere tener un papel central. Por el contrario, cuando la causa que impulsa la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, esto es, su finalidad es conseguir una ventaja fiscal, al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial (…). Incumbe a la sociedad escindida -y, por ende, a la recurrente como su sucesora-, acreditar que la escisión se llevó a cabo por motivos económicos válidos, lo que exige un esfuerzo, por mínimo que sea, de que dicha operación no tuvo como objetivo único o principal el ahorro fiscal, sino que obedece a dar cumplimiento a una necesidad empresarial sentida, en los términos ya vistos, sea en el orden organizativo, comercial, financiero, de ahorro de costes, de distribución o del orden que sea preciso, pues en la definición de los motivos válidos hay gran amplitud, potencialmente indefinida, de posibilidades”*.

Tampoco apreció la AN la existencia de motivo económico válido cuando lo que se pretendía era conseguir un mayor porcentaje en el accionariado (Sentencia de 12 de junio de 2014), así como en el caso de una concreta operación cuya finalidad era únicamente integrar en una única estructura empresarial la gestión de las marcas junto con la dirección y gestión de las entidades productoras y de comercialización, objetivo este último que, a juicio del Tribunal, no se llegó a lograr al estar repartida entre dos sociedades y debido a que la finalidad real era que no tributara el beneficio por venta de parte de la marca, al haberse revalorizado según el art. 103.3 LIS (Sentencia de 18 de octubre de 2012) y tratándose de una operación de escisión total en cuatro sociedades que sólo constituyó un reparto de patrimonio entre grupos familiares, desarrollándose una actividad de arrendamiento de viviendas y locales (Sentencia de 14 de marzo de 2013).³⁹

³⁹ En esta misma línea consistente en rechazar la existencia de motivo económico válido véanse asimismo los siguientes pronunciamientos de la AN: Sentencia de 29 de noviembre de 2012, relativa a una operación destinada a la aparición de tres fondos de comercio y en la que el valor de los bienes adquiridos era muy superior al precio de adquisición de las participaciones, existiendo una renta positiva que no originaba cantidad deducible; Sentencia de 25 de abril de 2013, relativa a una sociedad escindida que no tenía empleados ni oficina ni local, situándose en el IAE dentro del Epígrafe 9999 “otros servicios”, al no haber rama de actividad y reparto de un patrimonio, existiendo un motivo lícito que, sin embargo, no era económico válido al no haber finalidad organizativa; Sentencia de 30 de mayo de 2013, referente a la creación de una sociedad holding que era dominante del grupo, teniendo una sociedad holandesa de forma indirecta las acciones a través de otra constituida por ella; Sentencia de 19 de septiembre de 2013, relativa a una compensación de bases negativas en relación con la cual la necesidad de financiación y liquidez ya había sido satisfecha antes con ampliación de capital con canje de valores acogido al régimen especial; y Sentencia de 31 de octubre de 2013, relativa a operación a través de la cual se pretendía vender la actividad conservando los inmuebles en una sociedad de nueva creación controlada. Adviértase que, en definitiva, en este conjunto de operaciones se trataba de actuaciones relativas a meras distribuciones del patrimonio, esto es, operaciones en las que la principal finalidad perseguida no era otra que compensar pérdidas o lograr la obtención de un mayor porcentaje en el accionariado, no aumentándose la productividad ni la posición de competitividad internacional. Esta fue la conclusión alcanzada, entre otras, en las Sentencias de la AN de 6 de febrero, 20 de marzo y 12 de junio de 2014.

Por el contrario la Sentencia de la AN de 27 de marzo de 2014 reconoció la existencia de motivo económico válido en un supuesto en el que las desavenencias entre socios no constituía *per se* indicativo de fraude, que es algo que debe probar la Administración, habiendo proseguido las sociedades resultantes de la escisión total el desarrollo de su actividad. Estima además el citado órgano judicial en su Sentencia de 29 de mayo de 2014 que, existiendo rama de actividad y, por ende, motivo económico, resulta irrelevante la venta posterior a la escisión del negocio que permaneció en la sociedad escindida.⁴⁰

⁴⁰ Tal y como precisa además la AN en su Sentencia de 18 de junio de 2014, la escisión surte efectos desde su inscripción registral, pudiendo estimarse que aquella responde a la existencia de un motivo económico válido cuando se escinden en tres sociedades tres ramas de actividad, a saber, almacén, promoción inmobiliaria y explotación de aparcamientos. Se ha de aplicar pues el régimen fiscal especial por escisiones cuando una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y lo transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación económica no superior al 10% del valor nominal y, en su defecto, de uno equivalente resultante de su contabilidad. El fin de la operación no puede ser meramente fiscal, surgiendo los efectos fiscales de la operación de escisión en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil de dicha operación. En la sucesión a título universal de sociedad se transmite a la adquirente los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitida pendiente al adoptarse el correspondiente acuerdo y los resultados de las actividades realizadas por las extinguidas se imputan a ellas, cualquiera que fuera la fecha a partir de la cual sus operaciones se consideran realizadas a efectos contables por cuenta del adquirente. Igualmente reconoce la AN la existencia de motivo económico válido en las siguientes operaciones: operación de escisión por separación conyugal de los socios, continuando la actividad, sin que la Administración haya probado fraude o evasión (Sentencia de la AN de 19 de septiembre de 2013); operación en la que existe rama de actividad, careciendo de relevancia la venta posterior a la escisión del negocio que permaneció en la sociedad escindida (Sentencia de la AN de 29 de mayo de 2014); operación de escisión en tres sociedades de tres ramas de actividad relativas a almacén, promoción inmobiliaria y explotación de aparcamientos (Sentencia de la AN de 18 de junio de 2014); operación de escisión parcial de una de las dos fábricas que tenía una entidad creando una nueva sociedad a la que se aportan los activos y pasivos que después es vendida, no habiéndose calificado dicho negocio como simulado o realizado

En definitiva al amparo de la jurisprudencia de la AN partiendo de la doctrina elaborada por el TJUE interpretando el alcance del art. 11.1.a) de la Directiva, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de aquella o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. El hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene tal objetivo. Y, a tal efecto, cuando lo que se enjuicia es la posible aplicación de un beneficio fiscal regulado en la norma tributaria que la Inspección consideró que no resultaba aplicable por incumplimiento de los requisitos exigidos por la norma para la obtención de dicho beneficio no cabe apreciar la existencia de una norma eludida ni una norma de cobertura, sino simplemente la opción por un régimen fiscal especial que la Inspección estimó que no procedía su aplicación al no cumplirse los requisitos exigibles, siendo evidente que corresponde a la Administración, a través de la correspondiente inspección, comprobar el cumplimiento de tales presupuestos⁴¹.

Dentro del ámbito de la reciente jurisprudencia del TS la Sentencia del Alto Tribunal de 30 de enero de 2014 concluyó que existe motivo económico válido en un supuesto de escisión total en dos bloques, inmobiliario y comercial, transmitidos a sociedades de nueva creación, en contra del criterio adoptado por la Inspección, que consideraba que existía la intención de transmisión inmediata a otra sociedad del bloque comercial. Por su parte la Sentencia del Alto Tribunal de 24 de febrero de 2014 considera como motivo económico válido a efectos de la aplicación del régimen especial la divergencia existente entre los socios y el consiguiente bloqueo en la toma de

en fraude de ley y no habiéndose demostrado la existencia de "relación torticera" entre la escisión y la venta (Sentencia de la AN de 20 de noviembre de 2014);

⁴¹ Véase en este sentido la Sentencia de la AN de 30 de octubre de 2014.

decisiones de la entidad, además de las razones organizativas que puedan concurrir y de disminución de costes. Tal y como se encarga de recordar de entrada el Alto Tribunal la alusión a la existencia de motivos económicos válidos no es extraña al régimen fiscal especial previsto con anterioridad a la reforma operada por la Ley 14/2000, ya que la misma se contenía ya en la Directiva 90/434/CEE, cuyo art. 11.1.a) disponía que *“Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los Títulos II, III y IV o retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones: a) Tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1.º no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”*.

A mayor abundamiento la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas que, como ya se ha analizado, introdujo en nuestro ordenamiento el régimen especial para las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, señalaba expresamente en su Preámbulo que la norma tenía como finalidad la incorporación al Derecho interno de la normativa comunitaria y que, aun tratándose de ámbitos diferentes, nacionales en un caso y transnacionales en el otro, los principios que inspiran el régimen comunitario resultan igualmente aplicables a las operaciones internas. Incluso ya la redacción originaria del art. 110.2 de la antigua Ley 43/1995 permitía valorar la ausencia de motivos económicos válidos en la operación como un indicio de que la misma se había llevado a cabo con el propósito de fraude o de eludir el pago de un tributo. En otro caso, es decir, si se estimase que la regulación interna exigía que la Administración probase la existencia de fraude de ley en las

operaciones societarias analizadas sin tomar en consideración la presencia de motivos económicos válidos, podría terminar produciéndose la vulneración del principio comunitario de libre concurrencia en el mercado, ya que situaría a las empresas españolas en situaciones inferiores de competitividad con relación a otras empresas de ámbito transnacional.

En esta misma línea la Sentencia del TS de 16 de mayo de 2013 reconoció la existencia de motivo económico en un concreto supuesto atendiendo al proceso más amplio de reorganización de un grupo, teniendo presente además la existencia de un informe pericial que, partiendo de la contabilidad de la absorbente, había concluido en el concreto supuesto de autos planteado que había ventajas que superaban la compensación de las bases imponibles, con incremento de la cifra de negocios y reducción de gastos⁴². Otros pronunciamientos del TS a través de los cuales se ha reconocido la existencia de motivo econó-

⁴² Afirma el TS en esta Sentencia de 16 de mayo de 2013 que *“Como se dijo en la Sentencia de 8 de marzo de 2012 (...) ‘no le correspondía a la Inspección, como mantiene la recurrente, la probanza de la existencia de fraude o evasión fiscal, sino a la recurrente la acreditación de la existencia de motivos económicos válidos para poder acogerse al régimen especial de FEAC en la operación de absorción realizada y ello en aplicación de lo dispuesto en el art. 114 de la LGT (...)’*. La citada Sentencia del TS contiene además unas interesantes reflexiones acerca del alcance de la modificación introducida en su día en nuestro ordenamiento por la Ley 14/2000, señalando a tal efecto que dicha modificación se limitó a *“añadir un requisito estructural, el de que la operación se efectúe por motivos económicos válidos, que antes no se contenía en la letra del precepto, pero virtualmente se requería conforme a su espíritu, pues no en vano es el requisito a que se refiere el artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE (...) El citado cambio no resultaba ser tan significativo como se podía pensar, pues la estructura del precepto, más que a los requisitos sustantivos para excluir del régimen especial determinadas operaciones, ponía el acento en la cuestión procedimental de la carga de la prueba, en el sentido de que sólo era posible esa exclusión cuando se probara la actividad que parecía referirse a la Administración como sujeto obligado a esa prueba y, por tanto, a padecer la falta de acreditación (...) La redacción que daba la Ley 14/2000 al precepto de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se limitaba a ejemplificar supuestos, no enunciados agotadoramente, sino numerus apertus, en que la ley excluye la procedencia del régimen especial de neutralidad con diferimiento, empleando una fórmula análoga a la que expresa la Directiva, en que cabe presumir que la re*

mico válido han sido, por ejemplo, las Sentencias de 28 de junio de 2013, 30 de enero de 2014⁴³. En todos ellos quedó probada la existencia de una racionalización de costes, así como una optimización de los ingresos y mejoras en los gastos. Ahora bien tal y como precisa la STS de 12 de diciembre de 2013, lo anterior no significa que la simple reducción de costes y la simplificación de la administración constituya per se motivo económico válido⁴⁴.

En cambio señala el TS en su Sentencia de 24 de enero de 2013 que no existe motivo económico válido en aquellos casos en los que solo se pretende tributar menos situando ingresos en unas sociedades u otras y en personas físicas con menor tributación en las ganancias patrimoniales. En esta misma línea se sitúan igualmente las Sentencias del Alto Tribunal de 15 de abril y 20 y 27 de mayo, de 2013. En todas ellas se recoge por tanto que no existe motivo económico válido cuando no hay otro que el beneficio fiscal, esto es, el reparto del patrimonio con coste fiscal nulo, no concurriendo en ningún caso una finalidad reorganizativa y no apreciándose mejoras en el desarrollo de la actividad⁴⁵.

acción del ordenamiento comunitario lo es ante los supuestos de predominio de los fines de fraude o evasión fiscal, coincidentes con aquéllos en que no consten motivos económicos válidos, aunque con la consecuencia añadida de que la carga de justificar la presencia de tales motivos podía entenderse que correspondía ahora, dada la estructura del precepto, al sujeto pasivo del Impuesto que pretendiera acogerse al régimen de neutralidad". Véase a este respecto MAGRANER MORENO, F. J., "La concurrencia del controvertido "motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial (STS 20 de julio de 2014)", Tribuna Fiscal, núm. 277, 2015 (consultado en www.laleydigital.com).

⁴³ La presente Sentencia analizaba una concreta operación relativa a una escisión total en dos bloques, inmobiliario y comercial, transmitidos a sociedades de nueva creación. El TS rechazó el criterio de la Administración en virtud del cual se estimaba que existía la intención de transmisión inmediata a otra sociedad del bloque comercial.

⁴⁴ En el concreto supuesto analizado por el TS a través de la presente Sentencia se trataba de una fusión por absorción en la que la absorbente tenía el 100%, motivo por el cual se otorgaba jurídica a la realidad.

⁴⁵ Con carácter adicional descarta el TS la existencia de motivo económico válido en la realización de las si

Por otro lado subraya el TS a través de la citada Sentencia de 24 de febrero de 2014 que la expresión "principalmente con fines de fraude o evasión fiscal" utilizada por la redacción inicial del art. 110.2 de la Ley 43/1995, que no es sustancialmente distinta de la que usó el citado precepto, tras su reforma por la Ley 14/2000 (relativa a "principal objetivo el fraude o la evasión fiscal") así como tampoco de la que empleaba el art. 11.1.a) de la Directiva 90/434 (referente a "principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal") no equivale al fraude de ley tributaria del art. 24 de la antigua LGT de 1963, entroncando más bien en nuestro Derecho interno con el art. 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial.

Estima asimismo el TS que la Inspección de los Tributos, a la hora de probar en sus actuaciones de comprobación e investigación que las concretas operaciones de reestructuración efectuadas ha-

güentes operaciones: aportación efectuada por una sociedad holandesa de acciones de una española de tenencia de valores extranjeros a otra española de nueva creación, sin que hubiera racionalización o reestructuración (STS de 13 de diciembre de 2013); operación destinada a eludir el gravamen de las plusvalías obtenidas en la venta y adquisición de un solar (STS de 18 de noviembre de 2013); absorción de una sociedad sin actividad y con pérdidas por lo que fue procedente la minoración de pérdidas a compensar en ejercicios futuros (STS de 16 de enero de 2014, afirmando el Alto Tribunal en este pronunciamiento que el art. 96.2 del TRLIS constituye una "cláusula antiabuso" que subordina la aplicación del régimen especial de fusiones a la concurrencia de motivos económicos de manera que, no existiendo estos últimos, lo que hay es una infracción directa de tal norma, con la consecuencia de la aplicación del régimen general, permitiéndose en consecuencia la imposición de sanción en el caso de que se intenten invocar los beneficios del régimen de reorganizaciones societarias sin que se cumplan los requisitos del referido precepto); división del patrimonio familiar sin tributación, ya que el hecho de que la escisión sea mercantilmente válida no significa que permita aplicar el régimen especial tributario (STS de 23 de enero de 2014); operación de escisión en tres entidades que no simplifica la administración ni reduce los costes, no excluyendo además la propia estructura societaria la transparencia (STS de 24 de febrero de 2014); y operación consistente en la realización de dos ampliaciones de capital, coincidiendo una de ellas con la distribución de la prima de emisión, efectuándose el canje con la única finalidad de obtener liquidez y no concentrar actividades (STS de 13 de junio de 2014).

bían sido realizadas "principalmente con fines de fraude o evasión fiscal" tal y como exigía el art. 110.2 de la antigua LIS, podía acudir a la prueba de presunciones del art. 118.2 de la antigua LGT de 1963 presumiendo aquella finalidad espuria, en una interpretación teleológica del precepto legal, por la inexistencia de motivos económicos válidos en la operación efectuada y desplazando así la carga de acreditar la concurrencia de tales motivos al obligado tributario. Debido precisamente a ello concluyó el Tribunal en el presente caso que la interpretación que la sentencia impugnada realizó del contenido del art. 110.2 de la antigua Ley 43/1995, en la redacción vigente cuando se produjo la escisión total discutida, resultaba conforme a derecho porque la Inspección de los Tributos podía justificar, como lo hizo, la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal presumiendo la realización de la operación "principalmente por fines de fraude o evasión fiscal", habida cuenta de la inexistencia de otros motivos económicos en la misma que no fueren los meramente fiscales.

Por otra parte, en tanto en cuanto la expresión "motivos económicos válidos" constituye un concepto jurídico indeterminado susceptible de concretarse caso por caso, resulta admisible la existencia de discrepancias entre los socios que conduzcan a una situación de bloqueo de la compañía y, por ende, que dichas discrepancias puedan constituir un motivo que, desde el punto de vista económico, justifique la operación de escisión.⁴⁶

⁴⁶ En cambio, por lo que respecta al motivo alegado de mejoras organizativas como justificación inspiradora de la operación, eliminando los costes de mantenimiento de una sociedad, la escindida, que ya no cumplía ninguna función en la nueva estrategia organizativa (razón respecto de la cual ya la sentencia de instancia estimó que la creación de tres nuevas entidades conllevaba un evidente aumento de coste y organización, sin que se acreditase por ello ningún beneficio concreto para la sociedad, salvo el que pudiera deparar para los socios a nivel individual) concluye el TS que, siendo indiscutible que la simplificación administrativa y el ahorro de costes constituyen con carácter general motivos económicos válidos, en el presente caso el designio de la operación era preponderadamente fiscal, en base a lo cual se terminó desestimando el recurso de casación interpuesto.

V. ALCANCE DE LA NUEVA REGULACIÓN RECOGIDA EN LA LEY 27/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

Tal y como hemos tenido ocasión de precisar con anterioridad el nuevo régimen especial de fusiones viene establecido en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, arts. 76 a 89 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre.

Desde nuestro punto de vista la novedad principal que presenta la regulación de este régimen especial se concreta en el hecho de que el mismo se convierte en régimen general de tributación de las citadas operaciones de reestructuración, salvo que expresamente se indique lo contrario, a través de la comunicación que tienen que realizar, en todo caso, por cualquier operación de este tipo que realicen. No obstante dicho régimen especial no se aplicará cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participen en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

Las particularidades del régimen especial en los casos de participaciones de la entidad transmitente y de la entidad adquirente vienen establecidas en el art. 82 de la Ley 27/2014. Como seguramente se recordará el antiguo art. 89 del TRLIS establecía los efectos fiscales a las diferencias resultantes entre el precio de adquisición de la participación y los fondos propios de la entidad adquirente que no se pudieran asignar a elementos específicos, no efectuándose ninguna referencia al fondo de comercio.

Por lo que respecta a las operaciones societarias de fusiones impropias, de acuerdo con la Norma de Registro y Valoración 19 del PGC, surge un fondo comercio. A este respecto el antiguo art. 89.3 del TRLIS establecía que, en determinadas condiciones, el citado fondo de comercio resultaba deducible con el límite de la veinteaava parte de su importe. Sin embargo a resultados de la

aprobación de la Ley 27/2014 el fondo de comercio que surge contablemente, al no establecer nada la citada norma, si bien tendrá un valor contable, su valor fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 78 de la Ley 27/2014, será el que tuviese en la entidad transmitente. Y, dado que en esta sociedad no tenía valor, el valor fiscal del fondo de comercio en la entidad adquirente será de cero euros, no resultando en consecuencia deducible cantidad alguna.

Ha de precisarse además que la Disposición Transitoria Vigesima Séptima de la nueva Ley 27/2014 establece el régimen transitorio de las participaciones en el capital de la entidad transmitente en la adquirente (el cual reproducía el antiguo art. 89.3 del TRLIS), siendo aplicable a las participaciones adquiridas en un periodo impositivo que, en el transmitente, se hubiera iniciado con anterioridad a 1 de enero de 2015.

En definitiva, con carácter general el régimen especial aplicable a las operaciones de reestructuración presenta las siguientes novedades tras la aprobación de la nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades. En primer lugar, este régimen se configura expresamente como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración, desapareciendo, por tanto, la opción para su aplicación, y estableciéndose una obligación genérica de comunicación a la Administración tributaria de la realización de operaciones que aplican el mismo.

En segundo término, desaparece el tratamiento fiscal del fondo de comercio de fusión, consecuencia inmediata de la aplicación del régimen de exención en la transmisión de participaciones de origen interno, que hace innecesario el mantenimiento de este mecanismo complejo como instrumento para eliminar la doble imposición. Así las cosas cuando una entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en, al menos, un 5%, no se integrará en la base imponible de aquella la renta positiva derivada de la anulación de la participación, siempre que se corresponda con reservas de la entidad transmitente. Esta novedad simplifica de manera

considerable la aplicación del Impuesto, eliminando la necesidad de prueba de una tributación en otro contribuyente, de difícil cumplimiento en ocasiones, como es el supuesto de adquisición de participaciones a través de un mercado organizado.

Dentro de esta nueva regulación destaca igualmente el establecimiento de manera expresa de la subrogación de la entidad adquirente en las bases imponibles negativas generadas por una rama de actividad, en aquellos casos en los que la misma sea objeto de transmisión por otra entidad, de manera que las bases imponibles acompañarán a la actividad que las ha generado, cualquiera que sea el titular jurídico de la misma.

Finalmente, y por lo que interesa de manera específica al objeto del presente trabajo, se atribuye expresamente a la Administración tributaria la posibilidad de determinar la inaplicación parcial del régimen y la facultad de circunscribir las regularizaciones que pudieran efectuarse al ámbito de la ventaja fiscal obtenida en este tipo de operaciones. De este modo la Inspección de los tributos podrá denegar parcialmente la aplicación del régimen especial de reestructuración empresarial.

Desde nuestro punto de vista, al amparo de esta nueva regulación introducida en el presente régimen especial, en caso de tener previsto llevar a cabo una operación incluida en dicho régimen resultaba necesario entrar a analizar los efectos derivados de su realización antes o después de 1 de enero de 2015. Téngase presente en todo caso que, a resultas de la introducción de una Enmienda durante la tramitación del Proyecto de Ley, se incorporó un régimen fiscal transitorio aplicable a las diferencias de fusión generadas en operaciones de reestructuración realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2014.

VI. REFLEXIONES FINALES.

Con carácter general la cláusula antiabuso específica del régimen de fusiones únicamente ha de resultar aplicable allí donde pueda entenderse

que existe un ilícito tributario que encaje, según la legislación vigente al tiempo de realizarse los hechos enjuiciados, fundamentalmente en la figura del fraude de ley (actual conflicto en la aplicación de la norma tributaria). Ha de tener lugar el sometimiento de la Administración tributaria a los requisitos formales que nuestro ordenamiento jurídico impone cuando se quiere hacer uso medidas generales antiabuso y, en particular, del expediente especial para los supuestos de fraude de Ley o, en la actualidad, conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Se trata de un criterio que contrasta con el adoptado con anterioridad, en virtud del cual la AN acudía, a efectos interpretativos de los conceptos de fraude o evasión fiscal a los que aludía el antiguo art. 96.2 del TRLIS, a la figura del conflicto en la aplicación de la norma, si bien no exigía ningún tipo de formalidad específica y, en particular, el expediente de fraude de ley, que sería el aplicable por razón del tiempo en el que se llevaban a cabo las operaciones enjuiciadas.⁴⁷

⁴⁷ Mediante Sentencia de 22 de septiembre de 2011 la AN declaró la hipotética nulidad de la liquidación tributaria que pudiera dictarse al amparo de lo previsto en el antiguo art. 96.2 del TRLIS si no se hubiera procedido a la incoación de dicho expediente. Tal y como reconoció además la AN a través de la citada Sentencia "Existe una preocupante tendencia, en la Administración tributaria, al abuso de las cláusulas antifraude provenientes de la legislación comunitaria y que han sido concebidas para combatir situaciones de elusión fiscal a las que se llega mediante la utilización de formas jurídicas desacomodadas o manifiestamente inidóneas para el fin económico teóricamente perseguido. En especial, esa preocupación alcanza a la expansiva interpretación de los casos en que resulta aplicable la cláusula antifraude que, procedente de la Directiva 90/434/CEE, del Consejo, encontró su plasmación normativa en el artículo 110.2 de la LIS". En cambio, en su Sentencia de 22 de junio de 2011 el citado órgano judicial liberó a la Administración tributaria de la obligación de incoación de expediente de fraude de ley; de acuerdo con lo declarado por la AN en este último pronunciamiento "(...) Para que proceda la declaración de fraude de ley es necesario que la conducta 'presuntamente' dirigida a conseguir la elusión fiscal no pueda ser corregida mediante una adecuada interpretación de las normas reguladoras de los distintos tributos. En el presente supuesto lo que se enjuicia es la posible aplicación de un beneficio fiscal regulado en la norma tributaria (arts. 97 a 110), que la Inspección consideró que no resultaba aplicable por incumplimiento de los requisitos exigidos por la norma para la obtención de dicho beneficio. No existe, por tanto, una norma eludida ni una norma de cobertura, sino simplemente la opción

Cabe no obstante plantearse hasta qué punto el art. 96.2 del TRLIS constituía un precepto de carácter especial que debía quedar al margen de la aplicación de las normas generales antiabuso previstas por nuestro ordenamiento jurídico-tributario, no siendo preciso acudir a los procedimientos especiales establecidos para ellas.

Con carácter general toda interpretación de la norma antiabuso que pretenda adoptarse sobre la base de conceptos locales de fraude fundamentados en las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros de la Unión Europea podría no garantizar la aplicación uniforme de las medidas comunitarias. La concurrencia o no de abuso habrá de analizarse a partir de los objetivos que fija la norma comunitaria (Directiva de fusiones) los cuales, como hemos tenido ocasión de analizar, son de carácter exclusivamente económico. Significa ello que únicamente quedan incluidos dentro del presupuesto de hecho del régimen de fusiones aquellas operaciones que persigan objetivos de carácter empresarial. Y ello al margen de que la operación en cuestión tenga o no una dimensión comunitaria ya que, a pesar de que la normativa comunitaria alude a aquellas operaciones en las que intervienen empresas de dos o más Estados miembros, en la medida en que el legislador ha hecho extensivo el régimen a operaciones de ámbito interno, respecto de la aplicación del régimen a estas segundas deberán aplicarse los mismos criterios que para las operaciones que se regulan en la Directiva.

La ausencia de motivación empresarial como fundamento de la concreta operación de que se

por un régimen fiscal especial que la Inspección estimó que no procedía su aplicación al no cumplirse los requisitos exigibles, siendo evidente que corresponde a la Administración, a través de la correspondiente inspección, comprobar el cumplimiento de tales presupuestos, tal y como se desprende del artículo 110.2 de la LIS que determina que 'Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa (...) (...) No resulta de la motivación de la resolución que se revisa que los actos realizados por la parte recurrente sean elusivos de una norma imperativa, pues la razón fundamental por la que se priva a la recurrente de los beneficios de la LIS es la inexistencia de motivo económico válido en la operación de escisión total realizada, por lo que es obvio que no existe motivo alguno de anulación que pueda ser predicado de la resolución que se enjuicia'.

trate dejaría a ésta, en principio, al margen de los beneficios que contempla la norma comunitaria. Y, dado que el presente régimen fiscal especial se establece en beneficio de las empresas intervinientes en procesos de reestructuración, tratándose de una concreta operación diseñada a favor de sus socios, dicha operación no tendría cabida en el régimen especial, salvo que para éstos también supusiese una reestructuración empresarial que pudiera obedecer, a su vez, a motivos económicos válidos, circunstancia que no suele concurrir cuando los socios son personas físicas.

A nuestro juicio la adopción de una medida antiabuso no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo. Y, tratándose como sucede en el presente caso de una norma destinada a proteger el interés financiero de los Estados miembros, la misma únicamente habrá de aplicarse allí donde a la existencia de una falta de motivación o racionalidad económica se sume la obtención por parte del sujeto pasivo de una ventaja fiscal o, en su caso, de un perjuicio financiero para el Estado miembro en cuestión.⁴⁸

De cualquier manera estimamos que la aplicación del régimen especial de fusiones no puede amparar a aquellas conductas de los contribuyentes destinadas a minorar la carga tributaria. La negativa a su aplicación deriva directamente de la letra y el espíritu de la norma, sin que sea preciso acudir a la figura del fraude de ley y al juicio de ilicitud de la ventaja fiscal obtenida como consecuencia de la utilización de negocios jurídicos realizados por el contribuyente. Dicho régimen especial no puede servir a los solos efectos de evitar o reducir el gravamen que resultaría aplicable a los negocios propios o usuales previstos por el ordenamiento jurídico para lograr un determinado resultado, es decir, como instrumento para el ejercicio de una hipotética eco-

nomía de opción, cualquiera que sea el alcance que a la misma pudiera otorgarse, en función de la extensión que se atribuya al principio de libertad de pactos.

¿Podrían llegar a concurrir, al amparo de la aplicación de la cláusula antiabuso, motivaciones de carácter económico (no fiscales) que justificasen el recurso a una operación de fusión o escisión y que, sin embargo, no habilitasen la aplicación del presente régimen especial? Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en los que se persigue la obtención de un beneficio no fiscal por parte de los socios pero donde no se produce ninguna reestructuración que permita mejorar actividades empresariales. A nuestro juicio se trataría en el presente caso de unas operaciones que irían en contra de la propia normativa comunitaria.

⁴⁸ Recuérdese a este respecto que la transposición a nuestro ordenamiento interno de la cláusula antiabuso requiere la doble exigencia de ausencia de motivo económico (en atención al objetivo instrumental de la Directiva) y existencia de una ventaja fiscal (de acuerdo con el objetivo de limitarse a salvaguardar el interés financiero del Estado miembro).

