

TRABAJO FIN DE MÁSTER
DOBLE MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA Y ASESORÍA
JURÍDICO-MERCANTIL, FISCAL Y LABORAL
DERECHO TRIBUTARIO

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE
NEUTRALIDAD FISCAL EN EL IMPUESTO
SOBRE SOCIEDADES:

ESPECIAL REFERENCIA A LOS MOTIVOS
ECONÓMICOS VÁLIDOS Y SU FUNCIÓN DE
CLÁUSULA ANTIABUSO



Universidad de Sevilla

Facultad de Derecho

AUTOR: D. PABLO REJANO GÓMEZ
TUTOR: D. LUIS FERNANDO TORIBIO BERNÁRDEZ
CURSO 2019/2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	5
I. REGULACIÓN GENERAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE NEUTRALIDAD FISCAL	6
A) OPERACIONES OBJETO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL	10
1. Fusión	10
2. Escisión	12
3. Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad	14
4. Aportaciones no dinerarias especiales	15
5. Canje de valores	16
6. Transmisión de participaciones en entidades residentes por entidades no residentes	16
7. Cambio de domicilio social de una sociedad europea o sociedad cooperativa europea de un estado miembro de la Unión Europea	17
B) INCIDENCIA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE NEUTRALIDAD FISCAL	17
C) APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE NEUTRALIDAD FISCAL	21
II. CLÁUSULA ANTIABUSO: LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS	23
A. CLÁUSULA ANTIABUSO COMO FILTRO ENTRE LA ECONOMÍA DE OPCIÓN Y LA ELUSIÓN FISCAL	24
B. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA APLICACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL	31
C. APLICACIÓN Y CONTROL DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE NEUTRALIDAD FISCAL	46
III. APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: ESPECIAL REFERENCIA REFERENCIA AL PROCESO DE POSITIVIZACIÓN DE CLÁUSULAS GENERALES ANTIELUSIÓN	50
A. LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LA UNIÓN EUROPEA	51
B. CLÁUSULAS ANTIABUSO EN EL DERECHO COMPARADO	54

1. Estados Unidos	54
2. Países europeos	55
C. CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN	56
CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFÍA	63

ABREVIATURAS

BEPS: *Base Erosion and Profit Shifting* (Plan de Lucha contra la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios de la OCDE)

DGT: Dirección General de Tributos (Secretaría de Estado de Hacienda)

GAAR: *General Anti Avoidance Rule* (cláusula general antielusión)

IS: Impuesto sobre Sociedades

IRPF: Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas

IRNR: Impuesto sobre la Renta de No Residentes

LIS: Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

LME: Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Publicado en:«BOE» núm. 82, de 04/04/2009.

SAAR: *Specific Anti Avoidance Rule* (cláusula especial antielusión)

UE: Unión Europea

RESUMEN

Debido al aumento de la flexibilidad y dinamismo de la economía mundial, fruto de la globalización, así como de la movilidad de capitales, en las últimas décadas el tejido empresarial ha sufrido un proceso de transformación de gran magnitud. En este contexto, las operaciones de reestructuración empresarial han ganado un protagonismo en el tráfico jurídico que es innegable, con un aumento de más del 50% interanual¹.

Sin duda, uno de los aspectos más relevantes de estas operaciones es el fiscal, dada la magnitud que puede tener en términos relativos en la estructura de costes. Por ello, adquiere una gran importancia conocer cómo funciona el régimen especial de neutralidad fiscal en operaciones de reestructuración.

Por ello, vemos necesario hacer un análisis transversal de este régimen especial, haciendo especial hincapié en un aspecto vital de su aplicación: la cláusula antielusión. Dentro de esta cláusula encontramos un concepto que ha demostrado ser sumamente relevante y , a la vez, conflictivo: los motivos económicos válidos.

Mediante el presente trabajo se pretende realizar un análisis del funcionamiento del régimen especial de neutralidad fiscal, centrándonos en la cláusula antielusión, su funcionamiento y cómo se aplica. Dentro de esta cláusula, encontramos el concepto de motivos económicos válidos, que deberá ser estudiado pormenorizadamente, dada su relevancia. Por último, cerramos el presente trabajo con la aplicación internacional de esta cláusula antielusión.

¹ “*El importe de las fusiones y adquisiciones en España aumenta un 52%*” El Economista. Noticia de octubre de 2018

<https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/9432264/10/18/El-importe-de-las-operaciones-de-fusiones-y-adquisiciones-en-Espana-aumenta-un-52-en-el-tercer-trimestre.html> (revisado en mayo de 2020)

“El mercado de fusiones y adquisiciones aumentó un 54% en 2014” Cinco Días. Noticia de enero de 2015 https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/01/02/empresas/1420192788_203752.html revisado en mayo de 2020)

OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Mediante el presente trabajo pretendemos hacer un estudio analítico de la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal del Impuesto sobre Sociedades, tratando de responder las siguientes preguntas:

- ¿Qué es el régimen especial de neutralidad fiscal?
- ¿Cómo se aplica este régimen especial?
- ¿En qué consiste la cláusula antielusión? ¿cómo se ha aplicado esta cláusula antielusión?
- ¿Qué papel juegan los motivos económicos validos en la cláusula antielusión?

Para poder responder las cuestiones propuestas para el presente trabajo, se han seguido el siguiente método de investigación:

1. Estudio analítico del texto normativo (principalmente la Ley del Impuesto sobre Sociedades y la Directiva 434/1990 CE).
2. Estudio de doctrina, formada principalmente por artículos académicos en revistas de ámbito fiscal.
3. Análisis de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Superior de Justicia y la Audiencia Nacional, en ese orden.
4. Análisis de las Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos.
5. Búsqueda y análisis de noticias y estudios de entidades del ámbito jurídico-fiscal, principalmente para la actualización de la información obtenida.

I. REGULACIÓN GENERAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE NEUTRALIDAD FISCAL

Mediante las operaciones de modificación estructural, las sociedades se reorganizan en procesos de concentración, división o reordenación empresariales. Mediante estas operaciones, consecuencia lógica de la libertad de empresa amparada en el artículo 38 de la Constitución, los empresarios aprovechan las sinergias de las economías de escala, diversificación de riesgos y reordenación y minimización de la estructura de costes, aumentando la competitividad empresarial en un mundo cada vez más globalizado. Dentro de este grupo, destacamos las siguientes operaciones: fusión, escisión, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad, canje de valores, operaciones en las que intervengan contribuyentes que no tengan forma jurídica de sociedad mercantil y traslado internacional del domicilio social.

Los aspectos mercantiles de estas operaciones se encuentran regulados principalmente en la Ley de Modificaciones Estructurales de 2009² (en adelante LME) y el Reglamento del Registro Mercantil³, mientras que los aspectos contables se encuentran en el Plan General Contable⁴, en especial en las normas de valoración 19 y siguientes. Por otro lado, dada su naturaleza, estas operaciones tienen una gran incidencia en el plano fiscal al conllevar grandes transmisiones de patrimonio susceptibles de generar rentas (plusvalías, principalmente).

En el Impuesto sobre Sociedades (en adelante IS) encontramos dos regímenes que gravan estas rentas. El régimen general viene determinado por las reglas de valoración de los artículos 17 a 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades⁵ (en adelante LIS). Este régimen general se caracteriza por la tributación de las rentas obtenidas por la diferencia entre el valor fiscal de adquisición y transmisión de los elementos que forman parte del patrimonio en el proceso de reestructuración

² Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Publicado en: «BOE» núm. 82, de 04/04/2009.

³ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Publicado en: «BOE» núm. 184, de 31/07/1996. Las modificaciones estructurales están reguladas en los artículos 226 y siguientes.

⁴ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

⁵ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en: «BOE» núm. 288, de 28/11/2014.

empresarial, incluyéndose en la base imponible del sujeto pasivo. La valoración fiscal de estos bienes es la determinada en estos artículos, donde destacamos el valor de mercado como valor de referencia en las operaciones vinculadas (que tienen una gran importancia en la realidad de las operaciones de reestructuración empresarial, dado su uso en los grupos empresariales). Es igualmente relevante, por otro lado, el ajuste secundario del apartado 11º del artículo 18 de la LIS, que determina cuál es el tratamiento fiscal que tendrán las rentas manifestadas por la diferencia entre el valor contable y el valor fiscal tanto para el socio adquirente como para la sociedad transmitente.

Sin embargo, el régimen que nos ocupa en este trabajo es el régimen especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS, llamado «*Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea*», comprendido en los artículos 76 a 89, ambos inclusive.

Este régimen tiene como fundamento principal la neutralidad fiscal del sistema tributario en determinadas operaciones societarias de gran importancia como son las reestructuraciones empresariales. El principio de neutralidad fiscal, que da nombre al régimen especial (es comúnmente llamado «régimen de neutralidad fiscal» o «régimen especial de neutralidad fiscal», denominación que utilizaremos en lo sucesivo), se basa en la minimización de la incidencia impositiva en los procesos de tomas de decisiones empresariales, en aras de mejorar la productividad y garantizar la libertad empresarial.

No podemos confundir el principio de neutralidad fiscal con la exigencia de neutralidad fiscal, que es una herramienta que se utiliza en el diseño del sistema tributario, tratándose de un diferimiento temporal⁶ o subjetivo de la imposición, que tiene como objetivo que el aspecto fiscal no sea un elemento distorsionador o freno en las decisiones empresariales. El principio de neutralidad es un concepto mucho más amplio, que engloba a la exigencia de neutralidad fiscal. El sistema tributario asume que la obligación tributaria forma parte de la estructura de costes de la actividad

⁶ Mientras que en el fraude se evita cumplir todo o parte de la obligación tributaria, en el diferimiento se pospone a un momento posterior. A corto plazo el efecto es el mismo, pero a largo no, ya que en el diferimiento no se evita el coste fiscal.

empresarial, pero bajo el principio de neutralidad fiscal se intenta que esta obligación sea lo menos influyente posible en la toma de decisiones.

En la exposición de motivos de la LIS encontramos numerosas referencias a los tres principios en los que se basa la reforma que supuso: igualdad, justicia y neutralidad. Un ejemplo sería la exposición de motivos 3^a, al establecer que *«prevalece la neutralidad del Impuesto, resultando preferible que sean otros parámetros los tenidos en cuenta para realizar inversiones de esta naturaleza»*. Igualmente, en numerosas sentencias, el Tribunal Supremo recalca la importancia del principio de neutralidad fiscal y su aplicación en las operaciones de reestructuración, como la del 27 de mayo de 2013⁷, donde encontramos que *«la neutralidad fiscal, que tiene un objetivo instrumental, encaminado a incentivar o, al menos, a no interferir las operaciones societarias, sean transfronterizas o no, presuponiendo ontológicamente que se trata de empresas que, como consecuencia de la operación neutral, van a continuar ejerciendo la actividad económica del modo definido por la operación de que se trate, en este caso la escisión, pero no puede amparar que los particulares se acojan a beneficios fiscales»*. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 1 de junio⁸ de 2016, que exige *«una valoración global de las circunstancias concurrentes, anteriores y posteriores a la escisión, y examinar si las mismas resultan adecuadas y responden a los objetivos de la ley, que no son otros que conseguir que la fiscalidad no resulte un obstáculo en la toma de decisiones sobre reestructuraciones de empresas, de manera que la fiscalidad se aprecie como un elemento neutral en dichas decisiones y no sea la causa principal de su realización»*.

Este régimen especial de neutralidad fiscal encuentra en España su regulación principal en el Impuesto sobre Sociedades, en el citado régimen especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS. Sin embargo, este capítulo no es la única norma aplicable, ya que debemos tener en cuenta la Directiva 2009/133/CE, que regula el régimen fiscal de las modificaciones estructurales⁹. Esta Directiva es, según indica el primer

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1668/2011 y Roj 2588/2013).

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 1263/2016, de 1 de junio, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3047/2014 y Roj 2445/2016).

⁹ Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones

considerando de la misma, una codificación de la célebre Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990¹⁰, que fue la que originalmente reguló el régimen fiscal de las modificaciones estructurales. La Directiva de 1990 tiene una gran relevancia porque estableció un régimen común a la tributación de estas operaciones, que tenían una gran importancia en el seno de la Comunidad Económica Europea y que era un escalón esencial para la configuración del mercado interior. Mediante este régimen de neutralidad interior dentro del marco de la Comunidad Europea, se flexibilizaron las posibles trabas que pudieran haber para la realización de estas operaciones, fortaleciendo así la economía europea. Por tanto, esta Directiva fue la que estableció los pilares fundamentales en los que se basaría el régimen fiscal de las operaciones de reestructuración: la neutralidad fiscal mediante el diferimiento de la tributación. La Directiva 90/434/CEE fue traspuesta en España a través de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre¹¹. Mediante esta Ley se traspuso el sistema establecido por la Directiva Europea, aunque con algunos cambios sustanciales: un régimen de neutralidad fiscal al que se accede mediante comunicación a la Administración Tributaria (según el artículo 16 de la Ley 29/1991 al Ministerio de Economía y Hacienda), en la que se debía expresar el deseo de acogerse a dicho régimen. Esta trasposición tuvo una serie de modificaciones menores, a saber: Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades¹², la Ley 14/2000, de 29 de diciembre¹³ y el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, del Impuesto sobre Sociedades¹⁴. Sin embargo, las modificaciones más importante de este

realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro.

¹⁰ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro.

¹¹ Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. Publicado en: «BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 1991. Se explica en la Exposición de Motivos de dicha Ley que, si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español y que, por este motivo, se establece un régimen tributario único para unas y otras.

¹² Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en: «BOE» núm. 310, de 28 de diciembre de 1995.

¹³ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Publicado en: «BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 2000.

¹⁴ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en: «BOE» núm. 61, de 11/03/2004.

régimen tuvieron lugar en la vigente LIS de 2014, que desarrollaremos en sucesivos apartados.

A) OPERACIONES OBJETO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL

Es necesario resaltar que este régimen no se aplica a cualquier operación que conlleve un cambio en la estructura de la sociedad. Para una mejor comprensión de los extremos de este trabajo, analizaremos en términos generales las operaciones a las que es aplicable el régimen especial de neutralidad fiscal, haciendo especial incidencia en aquellos aspectos que puedan tener especial relevancia en el plano fiscal.

1. Fusión

Es la operación más significativa de las modificaciones estructurales. Su definición viene determinada en el artículo 22 LME, que establece *«En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan»*. La fusión es la operación típica de concentración de patrimonios intersocietarios (entre sociedades). Esta operación conlleva la extinción de una o varias sociedades, transmitiendo a título universal todo su patrimonio a la sociedad adquirente. Esta transmisión se hace en bloque, realizándose una operación simultánea de constitución o ampliación de capital proporcional que mantenga los derechos de los accionistas de la sociedad extinguida. La fusión se realiza en aplicación del tipo de canje¹⁵, mediante el cual se calcula la proporción del valor que representa el patrimonio aportado para que se vea reflejado en la contraprestación recibida mediante participación en el capital social de la entidad resultante.

Dentro del régimen de fusiones, hay diferentes tipos: fusiones *«típicas»* y fusiones *«atípicas»*. Dentro de las fusiones *«típicas»* encontramos, en primer lugar, la

¹⁵No podemos confundir el canje de valores con el tipo de canje, regulado el segundo en el artículo 25 LME. El tipo de canje es la proporción del capital social de la sociedad adquirente que obtienen los socios de la sociedad disuelta, debiendo respetar el valor original (para lo que se permite una compensación que no puede exceder el 10% nominal o valor equivalente). Por otro lado, el canje de valores, que se desarrollará más adelante, es un intercambio de participaciones en capital social.

fusión por creación de una nueva entidad (art 23.1 LME), que conlleva la extinción de las sociedades originarias y la unión de sus patrimonios y capital social en una sociedad de nueva creación, en la que participarán los socios de las sociedades originarias en proporción a su participación original. En segundo lugar, encontramos la fusión por absorción (art 23.2 LME), en la que una o varias entidades transmiten en bloque a otra ya existente, sus respectivos patrimonios sociales, procediendo a su disolución sin liquidación. Por último encontramos la fusión impropia, en la que una sociedad transmite el conjunto de su patrimonio social en el momento de su disolución a la sociedad titular de los valores representativos de su capital social. Estas tres operaciones de fusión típicas se encuentran definidas en el artículo 76 de la LIS (letras a, b y c del apartado primero, respectivamente), pudiendo acogerse al régimen especial de neutralidad fiscal.

Igualmente encontramos las fusiones «*atípicas*», reguladas en los artículos 49 y 52 de la LME: cuando la sociedad absorbente estuviera íntegramente participada de forma directa por la sociedad absorbida (aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal admitida por la Dirección General de Tributos en la Consulta Vinculante nº V0030-08 de 9 de enero) y cuando las sociedades absorbente y absorbida estuvieran participadas de forma directa por una tercera (aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal admitida por la Dirección General de Tributos en la Consulta Vinculante nº V0403-09, de 26 de febrero). La aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal está permitida en estas fusiones porque cumplen los requisitos básicos exigidos en la definición del artículo 76.1 LIS: que sea mediante una operación de fusión en los términos establecidos en la legislación mercantil y que se realice la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la entidad resultante¹⁶. Estas dos exigencias son las que imposibilitan, por otro lado, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en los otras modalidades de fusiones atípicas reguladas en la LME: cuando la sociedad absorbente es titular o estuviera íntegramente participada de forma indirecta de la sociedad absorbida, así como que ambas estuvieran participadas de forma indirecta por el mismo socio. Es esta vía indirecta la que imposibilita la aplicación, al ser necesaria operaciones intermedias que permitan que el

¹⁶ Esto es exigido por la Dirección General de Tributos en la Consulta Vinculante nº V0403-09, de 26 de febrero.

socio final adquiera la totalidad del patrimonio social de la sociedad absorbida. Esta misma circunstancia es aplicable a la cesión global de activos y pasivos regulados en el artículo 81 de la LME, donde no hay una contraprestación traducida en capital social.

2. Escisión

Es la operación más significativa de segregación de patrimonios sociales. El concepto de escisión admitida en el régimen especial de neutralidad fiscal está regulado en el artículo 76, apartado segundo, de la LIS. En este apartado, encontramos tres operaciones de escisión: la escisión total, la parcial y la financiera. La escisión total es aquella división en dos o más partes de la totalidad del patrimonio social para su transmisión en bloque a dos entidades de nueva creación o ya existentes para su posterior disolución. La escisión parcial, por otro lado, es la segregación de una o varias partes del patrimonio social que formen ramas de actividad para su transmisión a una o varias sociedades ya existentes o de nueva creación pero sin una posterior disolución, manteniendo la transmitente, al menos, una rama de actividad. Como podemos apreciar, en estos tipos de escisión, a diferencia de la fusión, la importancia no está en la circunstancia de la sociedad adquirente (si es existente o de nueva creación), sino en la de la sociedad transmitente (si se disuelve o mantiene su actividad tras la operación). Por último, encontramos la escisión financiera, que es la transmisión de una parte del patrimonio social formado por participaciones en el capital de otras entidades (que sea mayoritario), recibiendo a cambio los socios de la transmitente valores proporcionales de la entidad adquirente.

Estas tres operaciones encuentran su regulación en los artículos 70, 71 y 76 de la LME respectivamente. Sin embargo, encontramos algunas diferencias entre la regulación fiscal y mercantil, ya que la primera hace referencia al concepto «*rama de actividad*» mientras que la segunda lo hace al de «*unidad económica*», no siendo equivalentes y que serán desarrolladas en el apartado siguiente. La principal diferencia se encuentra en la exigencia de proporcionalidad en el ámbito fiscal, que no se encuentra en el ámbito mercantil. Esta proporcionalidad exigida por la LIS para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal debe ser cualitativa y cuantitativa¹⁷: existe

¹⁷ BORRÁS y NAVARRO (2019).

proporcionalidad cualitativa cuando los socios tienen participaciones en todas y cada una de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que la tenían en la sociedad transmitente; por otro lado, existe proporcionalidad cuantitativa cuando el valor económico de las participaciones es igual en el socio antes y después de la operación, independientemente de a qué sociedades corresponda. En el ámbito mercantil, el artículo 76 LME no exige que haya proporcionalidad cualitativa, a diferencia del artículo 76.2 LIS, que sí lo hace, imposibilitando la aplicación del régimen de neutralidad fiscal cuando no haya esa proporcionalidad cualitativa¹⁸, salvo que los patrimonios adquiridos constituyan una rama de actividad (art 76.2.2º LIS)¹⁹.

Dentro del proceso de escisión (al igual que la fusión) encontramos diferentes fechas de gran relevancia. Aunque en el plano contable, la más relevante es la fecha de la celebración de sendas Juntas Extraordinarias en las que se apruebe el proyecto de fusión (tal y como estipula la regla de valoración nº 19 del PGC²⁰), en el plano mercantil (y por ende, en el plano fiscal) lo es la fecha de la inscripción de la operación de escisión o fusión, al ser considerada como el momento en el que la sociedad adquirente toma el control del negocio²¹.

¹⁸ En este sentido es sumamente relevante la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2277-15, de 20 de julio. En esta consulta, se rechazaba una operación de escisión (dentro de un proceso de reestructuración más complejo) que en un inicio era proporcional, pero que con la posterior donación de participaciones entre socios, deviene en no proporcional. Según dice la respuesta de la Dirección General de Tributos, *«Por lo tanto, la concatenación de una escisión total proporcional y posterior donación inter-socios de participaciones de las beneficiarias de la escisión de manera concatenada, produciría idénticos efectos que los resultantes de una operación de escisión total no proporcional, sin la existencia de ramas de actividad, operación no amparada en el régimen especial. Consecuentemente, la operación de escisión total proporcional se consideraría meramente preparatoria de la donación posterior, de manera que la operación de escisión planteada no podría acogerse al régimen fiscal regulado en el capítulo VII del título VII de la LIS»*.

De igual manera, encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015 (nº de recurso 18/73/2013 y Roj 4904/2015), donde el Tribunal interpreta que *«Es requisito de la escisión, tanto a efectos mercantiles como fiscal, el que se guarde la debida proporción en la atribución a los socios de las acciones de las sociedades adquirentes en relación con la participación que tenían en la escindida»*.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 320/2007 y Roj 899/2011): la proporcionalidad que se exige en la escisión no se ve afectada por la posibilidad de compensación del 10% del valor nominal o equivalente que prevé la LIS.

²⁰ BORRÁS y NAVARRO (2019).

²¹ En la Sentencia nº 1218/2016, de 30 de mayo (Nº de recurso 1776/2015 y Roj 2383/2016) el Tribunal Supremo se pronuncia así: *«Por lo tanto, de acuerdo con nuestra normativa mercantil, es la inscripción de la escisión la que determina la extinción de la entidad escindida y el traspaso de su patrimonio a las beneficiarias de la escisión, produciéndose con ello el devengo del impuesto que grava la renta derivada de dicha transmisión»*.

3. Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad

Las aportaciones no dinerarias tienen su regulación mercantil en los artículos 63 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital²² siendo aquellas que conllevan la transmisión de un conjunto de activos sociales para la constitución de una sociedad o para la ampliación de capital de una ya existente. En términos fiscales, para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal existen dos modalidades que se pueden acoger a dicho régimen: las aportaciones no dinerarias como tales y las de aportación de ramas de actividad. En este epígrafe estudiaremos las segundas.

Estas aportaciones no dinerarias están reguladas en el artículo 76.3 de la LIS, que exige que se aporten, a cambio de unos valores representativos del capital social de la sociedad adquirente, patrimonio social constitutivo de una o varias ramas de actividad. Esta operación difiere de la escisión total al no exigir la posterior disolución de la sociedad transmitente, y de la escisión parcial al no requerir de una disminución proporcional del capital social de la transmitente y, por otro lado, dado que los valores en la aportación no dineraria los adquiere la sociedad (a diferencia de la escisión, que la reciben los socios de la transmitente).

Sin embargo, en esta operación la exigencia principal es que el patrimonio social que se transmite a cambio de los valores conformen una o varias ramas de actividad. Como hemos dicho anteriormente, no podemos confundir este concepto con el de unidad económica mercantil. El concepto fiscal de rama de actividad lo encontramos en el apartado 4º del artículo 76 de la LIS, siendo el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto de activos capaz de funcionar por sus propios medios, concurriendo un presupuesto fáctico (conjunto de bienes y derechos) y un juicio de valor (susceptibilidad de autonomía productiva)²³. En la LIS se permite la atribución de deudas que correspondan proporcionalmente a la organización o funcionamiento de este conjunto de elementos patrimoniales. Por otro lado, el concepto de unidad económica mercantil es

²² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en: «BOE» núm. 161, de 03/07/2010.

²³ CALVO VÉRGEZ (2013).

indeterminado, sin una regulación expresa en la normativa, pudiendo definirse como conjunto de activos y pasivos susceptibles de funcionar económicamente de forma autónoma, siendo viables²⁴.

Igualmente, debemos señalar que en la transmisión de la rama de actividad no sólo se transmiten bienes y derechos, sino también pasivos que estén afectos a estas ramas de actividad. El artículo 76.4 de la LIS indica que estos pasivos *podrán* transmitirse, no siendo una obligación del sujeto pasivo, pero sí debiendo ser contraídos para la organización o funcionamiento de los elementos de la rama de actividad que se transmite.

4. Aportaciones no dinerarias especiales

Están reguladas en el artículo 87 de la LIS, donde encontramos dos regímenes diferentes dependiendo de la naturaleza del transmitente. Si es efectuada por un contribuyente del Impuesto sobre Sociedades (esto es, una persona jurídica), se exige que tanto el transmitente como el adquirente sean residentes en España (o que tengan un establecimiento permanente al que se afecten los bienes) y que la participación resultante de la operación supere al 5% del capital social de la adquirente. Por otro lado, si la aportación es realizada por un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF) o el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (en adelante IRNR), en el caso de aportar valores participativos, debe ser por de una entidad residente que supere el 5% de participación y que se posean desde un año anterior a la transmisión; si se aportara otra clase de bienes, la Ley exige que estén afectos a la actividad económica y que la contabilidad se lleve con arreglo a las normas del Código de Comercio. Este régimen se aplica también a las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad anteriormente expuesto, cuando sean realizadas por un contribuyente del IRPF o del IRNR.

²⁴ En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia nº 796/2012, de 3 de enero de 2013, de la Sala de lo Civil (Nº de recurso 1573/2010 y Roj 433/2013), estima «*difícil precisar qué debe entenderse por "unidad económica", pues no necesariamente tendría que tener, previamente, vida propia, ni tiene por qué coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio, de modo que podría ser meramente funcional*».

5. Canje de valores

El concepto básico de canje de valores es el intercambio de participaciones en el capital social entre dos sociedades, de forma que una de ellas adquiera la totalidad del capital social de la otra, otorgando a cambio a los socios participación en el capital social de la adquirente. Sin embargo, esta operación no es la descrita en el artículo 76.5 de la LIS. Este artículo habilita la aplicación de régimen especial de neutralidad fiscal a la operación en la que una sociedad dominante adquiere acciones o participaciones del capital social de otra (participada) que le permitan tener la mayoría del capital social, entregando a cambio a los socios de la participada una proporción de su capital social. El régimen se aplica indistintamente si la sociedad dominante tuviera una participación previa a la operación, siendo lo relevante que se adquiera una mayoría del capital social tras ella. Mediante este «intercambio», la Ley permite una compensación a los socios de la sociedad participada que no supere el 10% del valor nominal o equivalente (que puede darse mediante participación o en metálico²⁵).

Por último, debemos añadir que lo expuesto en las cuatro operaciones expuestas (fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores) es igualmente aplicable (en cuanto a la posibilidad de acogerse al régimen especial de neutralidad fiscal) cuando intervenga una entidad que no tenga la forma jurídica de sociedad mercantil, en virtud del artículo 76.6 de la LIS.

6. Transmisión de participaciones en entidades residentes por entidades no residentes

Esta operación no está considerada una operación de reestructuración. Mientras que la regulación mercantil será la aplicable en el Estado en el que se realice la transmisión en el régimen que corresponda (lucrativa o gratuita), en el artículo 77.1, letra e) de la LIS encontramos la inclusión en el régimen especial de neutralidad fiscal las transmisiones de acciones o participaciones de sociedades residentes en España realizada por una entidad no residente transmitente, en favor de otra entidad de su mismo país o de una entidad residente en la UE.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 320/2007 y Roj 899/2011).

En el caso de que no se aplicara el régimen especial de neutralidad fiscal, habría que atenerse a lo estipulado en los Convenios de Doble Imposición entre España y el Estado de residencia de la sociedad transmitente para así determinar en qué país tributa la renta (plusvalía) obtenida por la transmisión.

7. Cambio de domicilio social de una sociedad europea o sociedad cooperativa europea de un estado miembro de la Unión Europea

En el artículo 76.7 de la LIS encontramos la inclusión en el régimen especial de neutralidad fiscal el traslado de domicilio social de una sociedad (o cooperativa) europea a otro estado miembro de la UE; operación que tiene su regulación mercantil en los artículos 92 a 103 de la LME. En este sentido, debemos recordar que el artículo 19.1, letra a) de la LIS establece que se integrarán en la base imponible la diferencia entre el valor contable y el valor fiscal de una entidad residente en España cuando traslade su domicilio fiscal fuera.

B) INCIDENCIA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE NEUTRALIDAD FISCAL

Sin duda, el aspecto más importante (y razón de ser) del régimen especial de neutralidad fiscal es su principal consecuencia: el diferimiento de la tributación. Con la aplicación del régimen especial, las sociedades que forman parte de la operación no incluirán en su base imponible las rentas derivada de la transmisión de bienes y derechos, así como la posibilidad de transmitir los pasivos imputables. Mediante este diferimiento, la tributación final se realizará cuando haya una enajenación que esté sujeta y no exenta. Por tanto, en aplicación del principio de neutralidad fiscal ya explicado, se pretende minimizar el coste fiscal de la operación para que así no tenga incidencia en el proceso de toma de decisiones de la reestructuración.

Las rentas cuya tributación se difiere mediante la no inclusión en la base imponible vienen enumeradas en el artículo 77 de la LIS, siendo aquellas que se pongan de manifiesto por transmisiones realizadas por: entidades residentes de bienes y derechos situados en territorio español, por entidades no residentes pero con un establecimiento permanente situado en España (salvo que se transfieran hacia fuera de España, por lo que sí tendrán que incluirlo en la base imponible), por entidades

residentes en territorio español con establecimientos permanentes situados en Estados de la Unión Europea, por entidades residentes con establecimientos permanentes fuera de la UE a favor de entidades residentes en territorio español, por entidades no residentes cuando transmitan establecimientos permanentes situados en España y, por último, las ya estudiadas transmisiones de participaciones en entidades residentes por entidades no residentes. Dentro del régimen, se incluyen necesariamente en la base imponible (exclusión absoluta, por tanto, de la regla del diferimiento) las rentas derivadas de transmisión de buques, aeronaves o bienes muebles afectos a su explotación cuando la entidad adquirente no sea residente (por lo que no importará si tiene o no establecimiento permanente en España).

Uno de los aspectos más importantes que se derivan de la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal es la valoración fiscal que tendrán los bienes y derechos para la entidad adquirente. En este sentido, el artículo 78 de la LIS estipula que será el valor fiscal que tenía en la entidad transmitente; esto es, el de adquisición por ésta. En caso de no aplicarse el régimen especial (ya sea por renuncia o porque sea una renta no incluida en el párrafo anterior), se atenderá al valor fiscal que se determine en el artículo 17 de la LIS (o el artículo 18, en el caso de que sean operaciones vinculadas).

Asimismo, otro aspecto igualmente relevante es el valor de las acciones o participaciones que recibe la entidad transmitente. Debemos recordar que estas operaciones de reestructuración se caracterizan por exigir una contraprestación a la sociedad transmitente en forma de participación en el capital social de la adquirente (esto es, que exista un canje). El valor fiscal de esta participación en el capital social viene determinado en el artículo 79 de la LIS, siendo el valor de la rama de actividad o los elementos patrimoniales aportados en caso de acogerse al régimen especial de neutralidad fiscal, o de acuerdo al artículo 17 de la LIS (correspondiente al régimen general) en caso de renuncia o inaplicación. Respecto al régimen de fusiones y escisiones, debemos tener en cuenta el valor fiscal de los bienes entregados (que, como hemos dicho, será el valor fiscal de los títulos de adquiridos), por lo que habrá que atenderse a lo que dicten las reglas de valoración del impuesto sobre la renta que corresponda, tal y como exige el artículo 81 de la LIS. Este mismo artículo estipula

que, en el caso de que la entidad pierda la residencia en territorio español, deberá incluir en la base imponible de la última declaración la diferencia entre el valor fiscal y el de mercado de los valores, realizándose el aplazamiento de la tributación. Si volviera a adquirir la residencia en España, podrá solicitar la rectificación de la autoliquidación y la devolución de las cantidades ingresadas por la ganancia patrimonial anteriormente expuesta.

Respecto al canje de valores, no se integrarán en la base imponible del transmitente (dependiendo de su personalidad o nacionalidad, en el IS, IRPF o IRNR) si los socios que realizan la operación son residentes en la UE o cualquier otro Estado (en este último caso, únicamente si son valores representativos de una entidad residente en España y si la entidad adquirente sea residente en España o en la UE). El valor fiscal del canje de valores será el que tenían en su patrimonio los socios en el momento de la operación (salvo que no estén gravadas en España, donde se atenderá al valor de mercado). Por otro lado, los socios de la entidad transmitente no integrarán en su base imponible (del impuesto sobre la renta correspondiente) las rentas que resulten de la atribución de valores desde la entidad adquirente (siempre y cuando sea residente en España, Estado miembro de la UE o sean valores representativos de una entidad residente en España).

En cuanto a la financiación de la operación, el régimen especial de neutralidad fiscal establece una serie de límites específicos si hay apalancamiento (esto es, endeudamiento para poder realizar la operación). En dicho artículo se limitan los gastos financieros deducibles en un 30% del beneficio operativo de la entidad adquirente, sin incluir los beneficios de cualquier entidad que se haya fusionado con ésta en los cuatro años siguientes. Este límite es específico y no excluyente al límite general del artículo 16 de la LIS²⁶. Sin embargo, el mismo artículo 83 de la LIS excluye la aplicación del límite cuando el apalancamiento de la operación (porcentaje de la operación financiado

²⁶ El límite del artículo 83 de la LIS es un límite específico y más estricto que el general del artículo 16 (ya que excluye los beneficios de entidad absorbidas o fusionadas en los ejercicios siguientes, exclusión que no hace el artículo 16). El artículo 83 regula «*Estos gastos financieros se tendrán en cuenta, igualmente, en el límite a que se refiere el apartado 1 del referido artículo 16*». En el apartado segundo, que habla de la deducibilidad de estos gastos en ejercicios siguientes, dice «*con el límite previsto en el este artículo y en el apartado 1 del artículo 16 de esta Ley*».

por recursos ajenos, esto es, deuda externa) sea de, como máximo, de un 70% del precio de adquisición.

De la misma forma, uno de los aspectos más importantes de las operaciones de reestructuración empresarial es la subrogación en los derechos y obligaciones, donde tienen un papel muy importante los de carácter tributarios. La sucesión puede ser universal (cuando se transmiten la totalidad de los derechos y obligaciones de la entidad transmitente) o parcial (cuando sólo se transmiten los derechos y obligaciones referidos a los bienes y derechos transmitidos). Como ejemplos representativos de ambas opciones, encontramos a la fusión como paradigma de la sucesión universal (ya que así lo estipula el artículo 23 de la LME), mientras que la aportación de rama de actividad lo es de la sucesión parcial. La sucesión de derechos y obligaciones tributarias sigue este esquema, regulado en el artículo 84 de la LIS. En este sentido, tiene gran relevancia la transmisión de las bases imponibles negativas pendientes de compensación a la entidad adquirente. Esta transmisión está limitada, en virtud del artículo 84 de la LIS, a dos supuestos: cuando se extinga la entidad transmitente o cuando la transmisión sea de una rama de actividad cuyos resultados hayan generado esas bases imponibles negativas (en este caso, se transmitirá la proporción de bases imponibles negativas que corresponda a la rama de actividad).

Aunque el régimen especial de neutralidad fiscal corresponde al gravamen de las rentas obtenidas por la transmisión de bienes y derechos por el Impuesto sobre Sociedades, las operaciones de reestructuración también tienen una profunda incidencia en otros impuestos que gravan diferentes hechos imponibles relacionados directamente con las transmisiones que conllevan. En primer lugar, en el artículo 80 de la LIS encontramos una ampliación del régimen especial de neutralidad fiscal al IRPF y al IRNR mediante la no imposición de las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la operación de canje de valores. Por otro lado, en el artículo 7.1º de la Ley sobre el Impuesto Añadido²⁷ incluye en los supuestos de no sujeción la transmisión de patrimonios empresariales, siempre y cuando constituyan una unidad económica²⁸, con

²⁷ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Publicado en: «BOE» núm. 312, de 29/12/1992.

²⁸ Aunque en el IS se habla de «ramas de actividad» y en el IVA de «unidad económica», son conceptos equivalentes, ya que la propia LIS define rama de actividad como «conjunto de elementos patrimoniales

independencia del régimen al que se acojan en este impuesto. Quedan excluidas de esta exención la mera cesión de bienes y derechos, exigiendo que se acredite la intención de mantener la afección al desarrollo de la actividad empresarial²⁹. En este sentido, las operaciones de reestructuración no están sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de Operaciones Societarias (art 19.2 de su ley reguladora³⁰), esté sujeto o no al Impuesto sobre el Valor Añadido. Por último, debemos hablar del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, regulado en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales³¹. Sobre este impuesto, la Disposición Adicional segunda de la LIS se regula la no sujeción de las operaciones sujetas al régimen especial de neutralidad fiscal³² al impuesto de plusvalía (computándose el número de años en el caso de una posterior transmisión sujeta al impuesto).

C) APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE NEUTRALIDAD FISCAL

Una vez explicados los presupuestos y las consecuencias del régimen especial de neutralidad fiscal, debemos preguntarnos ¿cómo se aplica? En este sentido, el artículo 89 de la LIS establece una aplicación preferente del régimen especial de neutralidad fiscal. Es decir, si la operación se encuadra en uno de los presupuestos habilitados, se le aplicará el régimen especial de forma preferente respecto al régimen general, previa comunicación de la operación, salvo que haya renuncia expresa por parte del sujeto pasivo. Esta comunicación debe hacerse a la Administración Tributaria, indicando si se realiza dicha renuncia, conllevando la tributación por el régimen general del artículo 17 de la LIS. Según el artículo 89 de la LIS, la obligada a realizar esta comunicación es la

que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica».

²⁹ Respecto a la aplicación de este impuesto, tenemos que resaltar también que el adquirente de los bienes y derechos también se subroga en la posición del transmitente en lo relacionado con el artículo 20.1.22º y en los artículos 92 a 114 de la LIVA.

³⁰ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Publicado en: «BOE» núm. 251, de 20/10/1993.

³¹ Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Publicado en: «BOE» núm. 59, de 09/03/2004.

³² «No se devengará el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en Capítulo VII del Título VII de esta Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley cuando no se hallen integrados en una rama de actividad».

entidad adquirente, que encontrará la regulación de plazos y forma en los artículos 48 y 49 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades³³: deberá hacerse en un plazo de tres meses desde la inscripción de la escritura pública de la operación (o documento equivalente), irá dirigida a la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria del domicilio fiscal de la adquirente y su contenido será la identificación de las entidades, copia de la escritura pública o documento equivalente y, si corresponde, la comunicación de la no aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal. Según el artículo 89 de la LIS, la no comunicación de la operación constituirá una infracción tributaria de carácter grave, conllevando una multa fija de 10.000 euros por cada operación.

Sería relevante señalar algunos aspectos importantes de la evolución que sufrió esta comunicación a lo largo de la vigencia del régimen especial de neutralidad fiscal desde el inicio de la década de 1990. Como se ha explicado anteriormente, la Directiva 90/434/CEE fue traspuesta al ordenamiento español mediante la Ley 29/1991. En este sentido, esta Ley exigía -en su artículo 16.1- como requisito previo al acogimiento al régimen especial la comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda en la que se optaba por su aplicación, requisito que no se contemplaba en la Directiva Europea. Posteriormente, con la aprobación de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades, se incorporaba el régimen especial dentro de la propia regulación sobre este impuesto, que mantenía lo estipulado en la Ley de 1991 salvo una diferencia menor (la comunicación debía hacerse antes de la inscripción en escritura pública, frente a la Ley de 1991 que exigía que se hiciera antes de la operación). Pocos años después, en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, se modifica el régimen de esta comunicación, exigiendo que la opción por el régimen especial estuviera contemplada en los acuerdos societarios en los que se funde la operación. Este régimen fue mantenido por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, del Impuesto sobre Sociedades.

Esta obligatoriedad de comunicación y opción previa no estaba prevista en la Directiva Europea, por lo que fue considerada por el Tribunal Supremo como un obstáculo no acorde al derecho comunitario³⁴. En las sentencias de 16 de junio de 2010

³³ Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en: «BOE» núm. 165, de 11/07/2015.

³⁴ GARCÍA-OLÍAS (2018).

³⁵ y de 14 de mayo de 2012³⁶, el Tribunal Supremo aplica jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se rechazan aquellos obstáculos creados por la normativa española que impedían una aplicación armonizada de los preceptos europeos. En consecuencia, el legislador tuvo en cuenta estas apreciaciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Supremo de Justicia de la Unión Europea, modificando el régimen especial en la LIS vigente (la Ley 27/2014, de 27 de noviembre), que opta por la solución de la aplicación preferente de este régimen especial sustituyendo la opción por una posible renuncia, siendo ésta una regulación acorde a la Directiva Europea³⁷ (ya que la Directiva de 2009 consolidó lo expuesto en la de 1990), manteniendo el control gubernamental necesario de estas operaciones para evitar el fraude.

II. CLÁUSULA ANTIABUSO: LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

Uno de los aspectos más relevantes y controvertidos del régimen especial de neutralidad fiscal es su aplicación. Además de la preceptiva comunicación a la Administración Tributaria que hemos analizado en el apartado anterior, el artículo 89 de la LIS impide la aplicación del régimen especial cuando la operación tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En especial, según la LIS, se entiende que si la operación carece de motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades participantes, el fraude o la evasión fiscal es la principal finalidad de la operación. Esta limitación del artículo 89 de la LIS se configura como una cláusula antielusión que pretende mantener el carácter neutral del régimen especial. Para poder comprender los extremos de esta

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010, Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3300/2004 y Roj 3345/2010). En el fundamento de derecho segundo, el Tribunal Supremo entiende que *«resulta de claridad meridiana que el establecimiento de la comunicación al MEH constituye un obstáculo contrario a la Directiva 90/434, al restringir la normativa nacional un derecho incondicionalmente reconocido por la norma europea, pudiendo esta Sala desplazar la aplicación del derecho interno como expresamente lo ha señalado la doctrina del Tribunal de Justicia en reiteradas sentencias»*.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 7012/2009 y Roj 3270/2012). En su fundamento de derecho tercero entiende que *«Se ha de tener en cuenta que ese régimen fiscal constituye una opción del sujeto pasivo, al que puede acogerse si así lo desea, sin que por los Estados miembros puedan establecer trabas que obstaculicen ese designio. Dicho de otra manera, la Directiva 90/434 impone un régimen fiscal en la reorganización empresarial que tiene que ser respetado, acatado y no obstaculizado por los Estados miembros en el caso de que los sujetos pasivos opten por su aplicación»*.

³⁷ GARCÍA-OLÍAS (2018).

regla de aplicación del régimen especial, estudiaremos el concepto de cláusula antielusión, el de motivos económicos válidos, además de su desarrollo y aplicación.

A. CLÁUSULA ANTIABUSO COMO FILTRO ENTRE LA ECONOMÍA DE OPCIÓN Y LA ELUSIÓN FISCAL

Las normas o cláusulas antielusión (también conocidas como antiabuso) son reglas que el sistema tributario establece para evitar la aplicación abusiva o ilícita de las normas fiscales por parte de los obligados tributarios. En las normas tributarias, tanto nacionales como supranacionales, encontramos dos principales tipos de cláusulas antielusión: cláusulas generales (en inglés *General anti-avoidance rule*- con las siglas GAAR) y cláusulas especiales (en inglés *Specific anti-avoidance rules*- con las siglas SAAR). Las cláusulas generales son aquellas que se basan en principios tributarios generales, con una aplicación abierta y abstracta dirigida a un número indefinido de casos. Por otro lado, las cláusulas específicas son aquellas que se encuentran en normas especiales dentro del sistema tributario, aplicándose únicamente en las operaciones determinadas en la norma³⁸.

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 31 de la Constitución constituye el principal motivo de censura de la elusión fiscal, al establecer la obligación de todos los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos mediante la contribución a un sistema tributario justo en función a la capacidad económica. Esta obligación se configura como argumento de primer orden a la censura del sistema tributario a la elusión fiscal, ya que mediante ésta se buscan los medios con los que evitar en todo o parte esa contribución en función a la capacidad económica. Asimismo, las normas generales antielusión (GAAR) se encuentran recogidas en los artículos 13, 15 y 16 de la Ley General Tributaria³⁹ (en adelante LGT). Por un lado, los artículos 13 y 16 de la LGT adaptan al ordenamiento tributario los principios generales

³⁸ EY Abogados (2015) *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica*. Fundación Impuestos y Competitividad.

Es interesante al respecto el breve análisis que hacen los autores sobre la evolución de estos dos tipos de cláusulas. Según los estudios de la propia firma EY, hay una tendencia generalizada a aprobar cláusulas generales, relegando así las cláusulas específicas, dada su versatilidad y la mayor seguridad jurídica que generan. Por otro lado, se están desarrollando cláusulas específicas para operaciones sumamente complejas que necesitan un tratamiento fiscal muy específico y detallado.

³⁹ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Publicado en: «BOE» núm. 302, de 18/12/2003.

de calificación y simulación⁴⁰, donde se atenderá a la real naturaleza jurídica de los negocios realizados, independiente de la forma que éstos revistan, prohibiéndose la simulación de otra distinta. Estas dos normas son principios generales del Derecho que, mediante su positivización en el ordenamiento tributario, habilitan a la Administración para proceder a su aplicación en los procedimientos tributarios. Por otra parte, el artículo 15 regula el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, siendo la adaptación del principio general del derecho de fraude de ley en el ordenamiento tributario. Esta cláusula general antielusión es aplicable a cualquier tributo, a diferencia de la ya explicada del artículo 89 de la LIS, que tiene una aplicación limitada al régimen especial del IS. Sin embargo, esto no impide (sino más bien, obliga) a que los principios generales plasmados en los artículos 13, 15 y 16 de la LGT sean los que fundamenten cualquier interpretación que se haga de la norma antielusión del régimen especial del artículo 89.

Por otro lado, y volviendo a la norma general, ésta se configura como la frontera límite entre la utilización lícita de las diferentes figuras tributarias y la elusión fiscal. Aunque pueda parecer una frontera clara y bien definida, en la práctica es bastante difusa, ya que se mezcla, en una casuística que podría ser inabarcable, con el principio de economía de opción⁴¹.

El concepto de economía de opción fue desarrollado por primera vez por LARRAZ (1952)⁴², quien entendió que el obligado tributario puede contar con diferentes posibilidades para realizar un mismo objetivo económico, pero con diferente coste fiscal. Como señala FERREIRO (2001), si se opta entre dos posibilidades con un resultado económicamente idéntico por razones puramente fiscales, nos encontramos ante una “economía de opción”. Esta economía de opción tiene como origen la propia autonomía de la voluntad reconocida en el artículo 1255 del Código Civil⁴³, al no estar obligado el empresario obligado a realizar el hecho imponible de cualquier tributo (con

⁴⁰ DELGADO (2017).

⁴¹ En estos términos se expresan DELGADO (2017) y FERREIRO (2001).

⁴² En esta obra, LARRAZ plasma un ejemplo sumamente clarificante para definir el concepto de «economía de opción»: *"La persona individual que necesita realizar bienes en busca de mayor liquidez, sabe que si vende títulos o inmuebles adquiridos no ha tres años, la plusvalía será gravada por renta, cosa que no sucederá si vende bienes adquiridos ha más de tres años"*.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2002, de la Sala de lo Contencioso (Nº de Recurso 9712/1997 y Roj 7259/2002).

algunas excepciones) y que, por ende, puede buscar el modo para minimizar el coste fiscal de sus operaciones⁴⁴. La opción es, por tanto, un negocio, acto contrato u operación económicamente válido y lícito, aunque se haya elegido buscando puramente la minimización del coste fiscal.

Por otro lado, no podemos confundir el concepto de economía de opción con el de opción tributaria. El régimen de neutralidad fiscal en las reestructuraciones empresariales supone una opción tributaria, ya que -como hemos explicado- la norma establece dos o más regímenes jurídicos ante un mismo presupuesto de hecho, dependiendo de las circunstancias específicas del obligado. En el régimen especial objeto de estudio, podemos determinar claramente las diferencias entre ambos conceptos: cuando tiene lugar la reestructuración empresarial, la norma tributaria tiene un régimen general (tributación de las rentas según el art. 17 de la LIS) y un régimen especial (Capítulo VII del Título VII de la LIS)- esta es una opción tributaria. Por el contrario, si la empresa realiza una planificación fiscal antes de la reestructuración, teniendo en cuenta las diferentes opciones tributarias y buscando posibles ventajas de la norma para obtener un ahorro fiscal, nos encontramos ante economía de opción⁴⁵.

Las normas y principios sobre la aplicación e interpretación de las normas tributarias no pueden limitar la libertad de los ciudadanos y contribuyentes para tener en cuenta las consecuencias fiscales en su toma de decisiones económicas⁴⁶. Sin embargo, y volviendo a la citada frontera entre la elusión fiscal y la economía de opción, esta libertad no ampara a los negocios simulados que, lejos de ser lícitos y reales, se revisten de una mera apariencia de licitud o realidad. Esta simulación, que puede ser absoluta (se finge un negocio jurídico inexistente) o relativa (se le da a un negocio jurídico existente una apariencia distinta y artificiosa), se configura como aspecto limitador de la citada frontera entre la economía de opción y la elusión fiscal,

⁴⁴ En este sentido se pronuncia Tribunal Suprem el fundamento jurídico 6º de la Sentencia del o de 2 de noviembre de 2002, de la Sala de lo Contencioso (Nº de Recurso 9712/1997 y Roj 7259/2002): «*En efecto, los contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la Ley, la más ventajosa a sus intereses, y entre estas ventajas figura la poder escoger la que resulte fiscalmente más rentable, siempre que no vulneren ninguna obligación legal, y ello, aunque las formas contractuales escogidas no sean habituales, normales o tradicionales*».

⁴⁵ GARCÍA-TORRES (2019).

⁴⁶ FERREIRO (2001).

al no estar amparada por la norma⁴⁷. En aplicación del artículo 15 de la LGT, la simulación se hace en fraude de ley, permitiendo la aplicación analógica del tributo⁴⁸, en contra de la norma general del artículo 14 de la LGT, al encontrarnos ante las propias excepciones de este artículo: el ámbito del hecho imponible, las exenciones y los incentivos fiscales. En este sentido, si la Administración mediante los procedimientos tributarios demuestra mediante prueba fehaciente que la operación se realiza con causa falsa o ilícita (en la Sentencia de 2 de noviembre de 2002, el Tribunal Supremo habla de «*función calificadora*» de la Administración), aplicará la norma relativa al hecho imponible efectivamente realizado⁴⁹.

En cuanto a la motivación y la finalidad del negocio jurídico, dada su relevancia en el marco teórico y práctico de la elusión fiscal, encontramos diferentes doctrinas. Algunos autores como MARÍN (2009) entienden que el hecho de que la planificación fiscal produzca un resultado contrario al principio de capacidad económica mediante la interpretación de la norma, no es presupuesto suficiente para considerarlo elusión fiscal. Para MARÍN, la indeseabilidad del resultado para la norma necesita de otra pieza fundamental para completar el marco de la elusión fiscal: la motivación. Al contrario, otros autores como FALCÓN Y TELLA (1995), entienden que el conflicto no se encuentra en el ánimo del sujeto pasivo, que pretende o no un ahorro fiscal mediante la elección de la operación óptima para la satisfacción de sus intereses -algo que es totalmente lícito, como hemos desarrollado anteriormente-, sino el adecuamiento de esa operación con la realidad y con la norma tributaria⁵⁰.

⁴⁷ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2002, de la Sala de lo Contencioso (Nº de Recurso 9712/1997 y Roj 7259/2002) en el FJ 6º: «*en el fraude se busca eludir el pago del tributo o ventajas económicas, por medio de una anomalía en relación con el fin perseguido por las partes, y utilizando normalmente la técnica de un negocio simulado -el que se presenta a tributación-, que encubre otro disimulado, técnica que nada tiene que ver con los supuestos en que simplemente se busca asegurar un tratamiento fiscal más favorable*».

⁴⁸ FERREIRO (2001).

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ FALCÓN Y TELLA, R (1995) en *El fraude a la Ley Tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción* (Revista Técnica Tributaria, Asociación Española de Asesores Fiscales) entiende que «*lo único que se pretende es excluir la posible cualificación de fraude respecto a las operaciones que aparezcan suficientemente tipificadas por el ordenamiento tributario, en el sentido de que el legislador las haya contemplado de modo específico en sus consecuencias fiscales*».

Si relacionamos esta afirmación con el régimen especial de neutralidad fiscal, el legislador ha regulado qué operaciones pueden aplicar dicho régimen, por lo que es consecuencia lógica que se considere fraude aquellas que, no encontrándose dentro del grupo de las operaciones admitidas, se revistan de tales para poder obtener el ahorro fiscal.

Para MARÍN (2009), la elusión fiscal se reduce a aquellas situaciones en las que la consecuencia a la que el obligado pretende llegar mediante una aplicación de la norma es cuestionada por la norma tributaria. Este concepto viene emparejado por un ánimo de artificiosidad, que desvirtúa la correcta aplicación de la norma. Por tanto, la diferencia entre la economía de opción, basada en la planificación fiscal, y la elusión fiscal se encuentra en los elementos que haya establecido el legislador para calificar como ilícita una conducta con principal motivación fiscal.

Por otro lado, en la lucha de los Estados contra la elusión fiscal encontramos diferentes teorías desarrolladas por la doctrina, principalmente anglosajona. En primer lugar encontramos la doctrina de la sustancia económica, que pone el foco del estudio en los efectos económicos reales de las operaciones realizadas, teniendo un carácter puramente objetivo. Esta doctrina aparece como consecuencia de la proliferación de operaciones complejas de “ingeniería fiscal” cuyo principal objetivo es minimizar la tributación mediante pérdidas o créditos fiscales (*tax shelters* en inglés). Por tanto, dada la complejidad de estas operaciones, la mejor forma para evaluarla son los medios utilizados y las consecuencias económicas y fiscales que producen y su adecuación a la norma⁵¹. Sin embargo, esta doctrina ha mostrado grandes limitaciones en una aplicación más generalizada en Estados Unidos, al no tener en cuenta las circunstancias subjetivas del contribuyente.

Otra doctrina relevante a la hora de aplicar cláusulas anti-abusivas es la sustancia sobre la forma (“*substance over form*” in inglés), muy utilizada por la jurisprudencia europea continental en la evaluación de posibles abusos en la aplicación de las normas tributarias. Mediante esta doctrina, el presupuesto de las normas tributarias no vendría constituido por un negocio jurídico, sino por la relación económica que éste crea⁵². Esta doctrina se diferencia de la sustancia económica porque sí atiende a la verdadera naturaleza del negocio jurídico para establecer su

⁵¹ MARÍN (2009) cita textualmente a SHAVIRO describiendo la típica operación de tax shelter: “*implica un enérgico movimiento de papel (energetic paper shuffling en inglés) con ningún o muy pequeño efecto económico que crea un resultado fiscal que es favorable cuando las normas fiscales son interpretadas de forma literal, pero que desaparece cuando se aplican normas generales que requieren que las operaciones fiscalmente efectivas reúnan unos requisitos mínimos de motivo económico y sustancia económica*”.

⁵² Ibidem.

adecuación a la norma tributaria mediante un análisis más global, teniendo en cuenta aspectos subjetivos. Esta doctrina viene recogida en el ordenamiento tributario español, más concretamente en el ya citado art. 13 de la LGT, que entiende que “*las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez*”. Por otro lado, permite el enjuiciamiento de comportamientos a priori adecuados a Derecho, pero en los que la realidad económica y subjetiva del negocio jurídico configura un ilícito a efectos fiscales. Siguiendo esta doctrina, el legislador español (incorporando la norma comunitaria) optó para el régimen especial de neutralidad fiscal por la utilización de los motivos económicos válidos (*business purpose* en inglés) como herramienta principal para detectar las operaciones que sean elusivas.

Volviendo a la cláusula antielusión del régimen especial de neutralidad fiscal, como dijimos anteriormente, ésta se encuentra en el artículo 89 de la LIS. Esta cláusula tiene una naturaleza distinta a las normas antiabuso generales, por lo que no será necesario acudir a los procedimientos tributarios especiales que se aplican a las cláusulas generales⁵³. Fue introducida por la Directiva 90/434/CEE⁵⁴ como parte del régimen especial de neutralidad, cuyo artículo 11.1⁵⁵ tiene una redacción, diríamos, casi idéntica a la del artículo 89 de la LIS vigente. Sin embargo, debemos señalar que esta situación no ha sido siempre así, ya que la cláusula antielusión ha sufrido varias modificaciones desde su introducción con la Directiva hasta la reforma del IS de 2014. En primer lugar, la Ley 29/1991, que traspuso la Directiva, hizo lo propio con la cláusula antiabuso en su artículo 16, que sólo incluía la referencia al fraude o la evasión

⁵³ CALVO VÉRGEZ (2013).

⁵⁴ Directiva 90/434/CEE, 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 diferentes Estados miembros.

⁵⁵ *Ibidem* «1. 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».

fiscal, no haciendo referencia alguna a los motivos económicos válidos. Posteriormente, esta norma fue derogada por la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades, que en su artículo 110 mantiene la misma redacción de la norma de 1991. Es, sin embargo, la Ley 14/2000 la que hace una modificación más profunda de la aplicación del régimen de neutralidad: además del ya estudiado régimen de comunicación a la Administración, por primera vez se incluye en el Derecho patrio el concepto de motivo económico válido.

A lo largo de esta evolución normativa, uno de los aspectos que se ha mantenido inmutable en las diferentes reformas, ha sido la prohibición de que la operación *«tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal»*. Según el Tribunal Supremo⁵⁶, esta expresión no es equivalente al fraude de la LGT de 1963, mucho más estricto, sino más cercano al concepto de abuso del derecho⁵⁷ del artículo 7.2 del Código Civil⁵⁸, que es el que inspira la figura actual de "conflicto en la aplicación de la norma tributaria" que sustituye al de fraude fiscal en la LGT de 2003⁵⁹. En este sentido, la prohibición de la aplicación del régimen especial no es a las operaciones que no tengan causa lícita o cierta, sino que la operación tenga como designio único o principal la obtención de una ventaja fiscal. El análisis o comprobación de la operación que realice la Administración o el orden jurisdiccional para denegar la aplicación del régimen especial no puede ir dirigido a verificar si hay

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 15 de abril de 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3010/2011 y Roj 1974/2013).

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº 2508/2016, de 23 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3742/2015 y Roj 5177/2016): *«la idea del abuso de derecho, cuyo elemento identificador básico es el de la artificiosidad, estructurada no tanto sobre la conducta impropia del obligado tributario, sino por la obtención de un resultado económico»*.

⁵⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en: «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

⁵⁹ La Exposición de Motivos 2ª de la LGT de 2003 dispone: *«En la sección 3.ª, relativa a la "interpretación, calificación e integración de las normas tributarias", se incorpora el precepto que regula la calificación de las obligaciones tributarias y se revisa en profundidad la regulación del fraude de ley que se sustituye por la nueva figura del "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", que pretende configurarse como un instrumento efectivo de lucha contra el fraude sofisticado, con superación de los tradicionales problemas de aplicación que ha presentado el fraude de ley en materia tributaria»*.

un designio económico o fiscal que justifique la operación ni, por otro lado, a determinar la validez de ésta desde un punto de vista civil o mercantil⁶⁰.

B. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA APLICACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL

El segundo elemento esencial de la cláusula antifraude del artículo 89 de la LIS es la exigencia de motivos económicos válidos. Dicho artículo dispone en su apartado segundo 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»*. Como podemos apreciar mediante una primera lectura del apartado, nos encontramos ante un supuesto general (fraude o evasión) y un supuesto particular (motivos económicos válidos), cuya interpretación debe realizarse de manera subordinada⁶¹.

Los motivos económicos válidos son un concepto jurídicamente indeterminado, ya que dependen de las circunstancias subjetivas de la operación. Pese a lo que pueda parecer con la incorporación de la doctrina del *business purpose*, en el derecho Español los motivos e intenciones de los contratantes no tienen relevancia jurídica, debiendo atribuirse ésta a un concepto reconocido y de gran importancia en el ordenamiento jurídico español: la causa del contrato⁶².

⁶⁰ Sentencias del Tribunal Supremo nº 2508/2016 de 26 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3572/2015 y Roj 3329/2018) y de 27 de mayo de 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1668/2011 y Roj 2588/2013).

Esta cuestión tiene una gran relevancia, ya que el Tribunal Supremo separa totalmente los aspectos civiles o mercantiles de la operación con los fiscales a través de la frase *«no puede resultar determinante la concurrencia de causa válida en el negocio contractual, pues la validez de este desde el punto de vista civil o mercantil, carece de relevancia a los efectos de su calificación a efectos fiscales»*. Esto podría abrir la puerta a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a operaciones de reestructuración que tengan defectos civiles o mercantiles. Sin embargo, entendemos que esta posibilidad sería viable si estos defectos no son invalidantes para la operación, ya que la anularían de raíz.

⁶¹ CALVO VÉRGEZ (2013).

⁶² En este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2011, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1110/2008 y Roj 1081/2011): *«lo importante es que el negocio tenga causa válida, lícita y concorde con la manifestada, aspectos todos ellos que en nuestro Derecho privado se presumen (vid. los artículos 1274 a 1277 del Código Civil, con especial atención hacia el último de*

Por otro lado, la naturaleza del segundo inciso del artículo 89 de la LIS puede tener dos interpretaciones⁶³ respecto a su relación con el primero. La primera consiste en considerar que la inexistencia de motivos económicos válidos es un supuesto autónomo de la existencia de fraude o elusión fiscal. Esta interpretación tiene como fundamento una lectura literal del apartado («*en particular*») y mediante la cual, el régimen especial se puede inaplicar cuando la operación tiene como objetivo el fraude o la evasión fiscal por un lado, o cuando ésta tenga como objetivo obtener una ventaja fiscal (esto es, cuando no hay motivos económicos válidos), por otro.

Por el contrario, a diferencia de esta primera interpretación, se puede entender que la inexistencia de motivos económicos válidos es un supuesto especial de inaplicación del régimen especial, dependiente del criterio general (fraude o evasión); es decir, nos encontraríamos ante un mismo supuesto de hecho (el criterio general) integrado por dos elementos caracterizadores. De este modo, para poder denegar la aplicación del régimen sería necesario que la operación cumpla ambos supuestos- que sea por fraude y evasión fiscal y, además, que no se realice por motivos económicos válidos.

En este punto, debemos esclarecer las diferencias entre el fraude y la evasión fiscal y la ventaja fiscal. Como veremos más adelante, el concepto de motivos económicos válidos, y en este caso su ausencia, tiene una mayor amplitud que el de evasión o fraude fiscal. El concepto de ventaja fiscal está relacionado con el actual artículo 15 de la LGT, que encuentra su fundamentación, como ya hemos explicado en apartados anteriores, en el abuso de derecho del Código Civil. Por otro lado, el concepto de fraude o evasión fiscal del primer inciso se encuentra más cercano al de la LGT de 1964⁶⁴, mucho más estricto. Es decir, el fraude o evasión se entiende como violación frontal del ordenamiento tributario (así como fraude de ley y ocultación), mientras que la ventaja fiscal es el disfrute de un régimen fiscal diferente y más beneficioso al que correspondería si no se realizara la operación o si ésta no responde a unos motivos económicos válidos, evitando la realización total o parcial del hecho

ellos, conforme al cual "aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario")».

⁶³CALVO VÉRGEZ (2013).

⁶⁴ Ibidem.

imponible o minorando la base imponible o la deuda tributaria. En consecuencia, si aceptamos la primera interpretación de las descritas en el apartado anterior (el criterio autonomista⁶⁵), cabe la inaplicación del régimen especial cuando la operación tenga como principal objetivo el fraude fiscal o la mera ventaja fiscal.

Por tanto, existiendo un objetivo distinto del exclusivamente fiscal y no habiendo ánimo de fraude o evasión, el contribuyente tiene derecho a la aplicación del régimen especial⁶⁶. Sin embargo, debemos tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que entiende que el concepto de motivos económicos válidos es mucho más amplio que el de fraude fiscal⁶⁷. Esta interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea creemos que debe entenderse desde un punto de vista favorable para el contribuyente, que puede justificar la operación con un concepto jurídico más amplio, y en este sentido, más fácil de probar. Este punto de vista lo encontramos en la misma sentencia del caso Leur-Bloem, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea prohíbe el establecimiento de límites generales a la aplicación del régimen especial⁶⁸. En conclusión, para negar la existencia de motivos económicos válidos, si se analiza desde el punto de vista de la calificación de los negocios, deben existir anomalías objetivas que se presumen con justificación en la motivación fiscal⁶⁹. De esto se deduce que la existencia de motivos económicos válidos exige una situación previa de licitud fiscal, y mediante su existencia (es decir, sólo cuando éstos existen) se habilita al sujeto pasivo a determinar cuál es la forma fiscalmente más favorable dentro de las habilitadas por la norma; es decir: los motivos económicos válidos son previos a la economía de opción⁷⁰.

⁶⁵ Este criterio es el defendido por CALVO VÉRGEZ (2013) en una argumentación sólida, por lo que será el criterio seguido en este trabajo.

⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero, Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 320/2007 y Roj nº 899/2011).

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 1997. Caso Leur-Bloem, asunto C28-95, en el apartado 45 entiende que «*El único supuesto en que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva, según su artículo 11 y según su último considerando, es cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal*».

⁶⁸ Ibidem en el apartado 48, b) «*Establecer una norma de alcance general que limite la aplicación del régimen especial excedería de lo necesario para evitar el fraude o evasión fiscal, e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva*».

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 2508/2016, de 23 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3742/2015 y Roj 5177/2016).

⁷⁰ GARCÍA-TORRES (2019) argumenta lo siguiente: «*La posibilidad de aprovechar la aplicación de una fiscalidad favorable no es incompatible con la concurrencia de motivos económicos válidos*».

La introducción de este concepto como principal medida de la cláusula antielusión tuvo lugar con la creación de la misma en la Directiva 90/434/CEE, que tiene una redacción casi idéntica a la del artículo 89 de la LIS. Sin embargo, los motivos económicos válidos no han estado presentes durante toda la evolución normativa de la cláusula antiabuso en España, tal y como desarrollamos en el apartado anterior. En la trasposición de la Directiva mediante la Ley 29/1991 no se hacía alusión a ellos, omisión que se extendió a la Ley 43/1995. Con la Ley 14/2000 se introduce el concepto de motivos económicos válidos tal y como los conocemos ahora en el Derecho patrio, pasando a tener el reformado artículo 110 de la LIS de 1995 una redacción casi idéntica a la de la Directiva 90/434, redacción que se mantiene hasta hoy día. Desde la aprobación de la Directiva 90/434 hasta la introducción de los motivos económicos válidos en el ordenamiento español en la Ley 14/2000, la jurisprudencia aplicaba directamente este concepto de la Directiva europea⁷¹. Esta aplicación directa tiene origen en la Ley 29/1991⁷², aunque también fue desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (siendo la más relevante en este ámbito el caso *Leur-Bloem*⁷³), que exige la aplicación directa del derecho Comunitario cuando la norma nacional reproduce las Disposiciones comunitarias sin limitar la aplicación de éstas, ampliándose la competencia jurisdiccional del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este mismo sentido se pronuncia este Tribunal en la, ya posterior, sentencia del caso *Schweppes*⁷⁴, donde exige un criterio unificado para garantizar la unidad de trato que evite así discriminación entre sociedades nacionales y sociedades

Siempre que exista un objetivo distinto del exclusivamente fiscal, el contribuyente tiene el derecho a utilizar los medios para conseguirlo que le parezcan más adecuados desde el punto de vista fiscal».

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1872/2013 y Roj 4904/2015).

⁷² El preámbulo de la mencionada norma se puede leer lo siguiente: «*El Título Primero tiene como finalidad primordial incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las normas contenidas 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. A través de estos negocios jurídicos se realizan habitualmente importantes operaciones económicas de concentración y reestructuración de empresas; de ahí su relevancia fiscal. Si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español. Por este motivo, se establece un régimen tributario único para unas y otras*»

⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 1997. Caso *Leur-Bloem*, asunto C-28/95.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2006. Caso *Schweppes*, asunto C-196/04.

de otros Estados miembros de la UE que constituyan obstáculos para la libertad de establecimiento.

Volviendo al concepto de motivo económico válido, éste se configura como una medida de doble dimensión⁷⁵: por un lado evita que se produzca una evasión fiscal (erosionando las bases imponibles) y por otro asegurar que el régimen especial se aplica correctamente, cumpliendo así el cometido que tiene (la neutralidad fiscal). Sin él, sería sumamente difícil acreditar dicha neutralidad, produciendo los efectos contrarios a los que busca la Ley al convertirse en un estímulo en la toma de decisiones de las empresas.

Esta doble dimensión es bastante clara en el desarrollo que hace el propio artículo 89 de la LIS sobre el concepto de motivos económicos válidos . Por un lado, hace una aclaración *numerus apertus* en positivo ejemplificando qué se consideran motivos económicos válidos («*tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación*»), mientras que en la segunda parte encontramos una definición en negativo («*sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal*»). Para una mayor seguridad jurídica, la Dirección General de Tributos ha desarrollado los conceptos de reestructuración o racionalización empresarial, que se entienden como «*las actuaciones tendentes al objeto de adaptar las dimensiones, capacidad productiva o características técnicas de las empresas a las exigencias que imponen los mercados, así como la organización de las actividades económicas con la finalidad de que sean más productivas, rentables y eficaces*»⁷⁶ «*En definitiva, se requiere la existencia de una finalidad o propósito económico que resulte adecuado que motive la realización de la operación*»⁷⁷. En este sentido, la Dirección General de Tributos entiende que los motivos económicos válidos deben basarse en⁷⁸:

- *Simplificar y racionalizar la estructura societaria, reduciendo las obligaciones administrativas, mercantiles y fiscales y reduciendo, en consecuencia, los costes de mantenimiento de dicha estructura, ya obsoleta y empresarialmente ineficiente.*

⁷⁵ GARCÍA-TORRES (2019)

⁷⁶ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V0056-01, de 28 de junio.

⁷⁷ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V0066-01, de 27 de julio.

⁷⁸ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V1678-18, de 13 de junio.

- *Mejorar la gestión de los principales activos, al simplificarse el proceso de toma de decisiones sobre el negocio.*
- *Mejorar la estructura de recursos propios, solvencia e imagen de la sociedad absorbente antes sus proveedores y entidades financiera, mejorando la capacidad de pago de la financiación bancaria.*

De esta doctrina administrativa, que fue posteriormente confirmada por la jurisprudencia⁷⁹, se desprende una exigencia de que la operación tenga una finalidad verdaderamente económica⁸⁰ para la sociedad adquirente (y no para sus socios⁸¹). Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸², la existencia de motivos puramente organizativos o de estrategia empresarial⁸³ no suponen, necesariamente, la existencia de motivos económicos en términos de productividad, eficacia, rentabilidad o exigencias del mercado, al ser los primeros mucho más amplios. Esto es porque la reorganización empresarial puede seguir unos motivos de carácter puramente organizativos, pero que sean de carácter fiscal; por tanto, se deduce que es un motivo económico, pero no es válido. Esto es sumamente relevante, ya que debemos tener en cuenta que las operaciones de reestructuración tienen una serie de consecuencias inherentes que no suponen un motivo económico válido suficiente de forma independiente. En el caso de las fusiones, por ejemplo, el ahorro de costes no puede ser considerado de modo sistemático un motivo económico válido, ya que se sobreentiende en este tipo de operaciones⁸⁴. En conclusión, la norma busca que el negocio persiga un objetivo empresarial distinto al fiscal, aunque no sean la

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2011, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 2218/2011 y Roj 3184/2013).

⁸⁰ GARCÍA-TORRES (2019) y la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V1678-18, que se pronuncia así: *«en base a la finalidad del régimen especial se requiere que la misma redunde en beneficio de las actividades desarrolladas por las entidades que participan en la operación por cuanto el propio negocio jurídico de la fusión permite que las actividades que hasta ahora se estaban desarrollando a través de varias entidades se vean favorecidas por su realización en sede de una única persona jurídica»*.

⁸¹ GARCÍA-TORRES (2019).

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011. Caso Foggia, asunto C-126/10.

⁸³ En la Sentencia nº 1218/2016, de 30 de mayo, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1776/2015 y Roj 2383/2016) el Tribunal Supremo entiende que *«las motivaciones de estrategia empresarial tienen un claro componente económico (que hace referencia a los resultados societarios y al funcionamiento empresarial) pero tales motivos no pueden tener fuerza ni validez suficiente para justificar la obtención de un beneficio fiscal cuando no existe ninguna otra razón suficientemente justificada»*.

⁸⁴ GARCÍA-TORRES (2019) y Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea del caso Foggia (asunto C-126/10).

reestructuración o racionalización de las actividades sociales⁸⁵. De igual modo, la jurisprudencia⁸⁶ exige que la operación sea normal, entendiéndose que no se consideran como tales cuando se realizan únicamente para beneficiarse de ventajas establecidas en el Derecho. Igualmente, para el Tribunal Supremo, que se utilicen mecanismos “normales o racionales” para el fin alegado es una prueba clara de que la operación se hace por motivos diferentes al fiscal⁸⁷.

Por otro lado, tiene una gran relevancia los medios personales y materiales de las entidades que participen en la operación de reestructuración⁸⁸ así como la realidad de su actividad, ya que la entidad adquirente debe contar con medios suficientes para llevar a cabo la actividad empresarial tras la operación⁸⁹. En este sentido, tiene una gran relevancia casuística y jurisprudencial la inactividad de una de las sociedades. La no actividad de una de las sociedades implicadas no es un requisito excluyente a priori, pero sí es un elemento importante a tener en cuenta por parte de la Administración para alegar la existencia de una motivación fraudulenta. La doctrina administrativa es contraria a considerar la inactividad de una de las sociedades participantes en la operación como un motivo de exclusión del régimen especial⁹⁰, aunque no niega que estas operaciones tienen un riesgo considerable de encubrir motivaciones fiscales. Para la doctrina administrativa y la jurisprudencia, la circunstancia más relevante a tener en cuenta a la hora de calificar una operación en la que participe una sociedad inactiva son los medios personales y materiales que se transmiten y la presumible consecuencia que

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo nº 2508/2016, de 23 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3742/2015 y Roj 5177/2016).

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 1997 (caso Leur-Bloem) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 2577/2011 y Roj 325/2014). En esta sentencia, el Tribunal Supremo hace especial hincapié en esta singular exigencia de normalidad, que se relaciona con su adecuación con el Derecho y no, como podría entenderse, con el carácter habitual o típica de la misma.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 4072/2013 y Roj 876/2015).

⁸⁸ Consulta General de la Dirección General de Tributos nº V0922-27, de 30 de abril.

En este sentido, es muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1427/2018 de 26 de septiembre (nº de recurso 3572/2015 y Roj 3329/2018), que en su FD3º rechaza la aplicación del régimen especial de neutralidad a una reestructuración en la que se escinde una entidad que tributa en régimen de transparencia, ya que entiende que, debido a su propia naturaleza, los inmuebles aportados no tendrán actividad alguna.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Schweppes, asunto C-196/04.

⁹⁰ Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos nº V1678-18 (de 13 de junio) y V0084-20 (de 17 de enero).

tendría la operación para su utilidad⁹¹. Sin embargo, si la inactividad de una de las sociedades se acompaña de la existencia de bases imponibles negativas que serían transferidas a la entidad adquirente, estas dos circunstancias podrían suponer una presunción de no existencia de motivo económico válido⁹². Otro aspecto relevante sería el momento de la creación de una entidad que vaya a formar parte de la reestructuración (que vaya a ser absorbida, por ejemplo), ya que podría ser un indicio de fraude si se alega la inactividad de la misma⁹³.

Para poder apreciar si la operación se realiza con unos motivos económicos válidos, la Administración Tributaria debe realizar un estudio global y a posteriori del caso, ya que es la única manera de esclarecer los motivos de la operación y la posición del aspecto económico-fiscal dentro de éstos. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en la sentencia del caso Leur-Bloem y el caso Foggia⁹⁴), la limitación de la aplicación del régimen especial regulado por la Directiva no puede hacerse mediante cláusulas generales, sino estudiarse caso por caso. Esta exigencia de estudio singular llega hasta el punto de no permitirse la interpretación analógica de motivos económicos válidos en operaciones similares⁹⁵.

⁹¹ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V0084-20, de 17 de enero: *«parece que la entidad absorbida tiene un cierto patrimonio que favorece la actividad económica de la entidad absorbente, por lo que los motivos alegados podrían ser económicamente válidos a los efectos del artículo 89.2 de la LIS, anteriormente reproducido, si bien se trata de cuestiones de hecho»*.

En sentido negativo encontramos la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central nº 1016/2003, de 16 de marzo de 2006, que entiende que *«la entidad absorbente X, desarrolla la misma actividad que antes ejercía la absorbida y, prácticamente, con el mismo personal y los mismos medios que con anterioridad a la fusión tenía la absorbida. En consecuencia, con la operación proyectada no se aprecia que se pretenda llevar a cabo ninguna operación de reestructuración o racionalización de las actividades que permita conseguir una mayor eficiencia en la gestión o funcionamiento de la actividad desarrollada»*.

De igual modo se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del caso Foggia (asunto C-126/10), que en su apartado nº 40 entiende que *«una fusión o una reestructuración efectuada en forma de absorción de una sociedad que no ejerce actividades y que no aporta activo propio a la sociedad absorbente puede no obstante considerarse, respecto de esta última, realizada por motivos económicos válidos»*.

⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del caso Foggia (asunto C-126/10).

⁹³ Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central nº 1016/2003, de 16 de marzo de 2006.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del caso Foggia (asunto C-126/10): *«las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma»*.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 4299/2010 y Roj 7264/2012).

Este examen global debe responder a un juicio de proporcionalidad, que se realiza desde la perspectiva de la toma de decisiones, analizándose cuál es el peso real de la razón económica⁹⁶. Asimismo, se deben tener en cuenta las operaciones que precedieron a la operación, las que fueron coetáneas y las posteriores a ésta⁹⁷, pudiendo llegar a los motivos que reales que la fundamentaron⁹⁸ mediante el estudio del devenir y los resultados de la operación, haciendo especial hincapié en las operaciones posteriores a la reestructuración. Especial relevancia tienen la enajenación o liquidación de entidades resultantes de la reestructuración (especialmente de la escisión). En el caso de la transmisión posterior⁹⁹, es indicio de que la operación de reestructuración tiene un propósito fiscal, sea onerosa o lucrativa¹⁰⁰, por lo que carecerá de motivos económicos válidos¹⁰¹. Por otro lado, tampoco se consideran motivos económicos válidos la liquidación de una de las entidades escindidas¹⁰² (que se asimila a una venta de activos) o la modificación de la estructura del capital social cuando el coste fiscal es la circunstancia determinante para la elección del tipo de operación¹⁰³.

⁹⁶Sentencia del Tribunal Supremo nº 1263/2016, de 1 de junio, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3047/2014 y Roj 2445/2016).

⁹⁷Sentencia del Tribunal Supremo nº 2225/2016, de 13 de octubre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1419/2015 y Roj 4512/2016).

⁹⁸ Ibidem. En esta sentencia, el Tribunal Supremo analiza las operaciones que realizaron los socios posteriormente a la de reestructuración, llegando a la conclusión que la escisión total realizada estaba dentro de una operación global de compraventa de rama de actividad dentro de la misma familia.

⁹⁹ La enajenación posterior de participaciones de la sociedad o sociedades resultantes es un elemento de suma importancia a tener en cuenta, ya que si se aplica el régimen especial, habría un ahorro fiscal considerable si esa transmisión se hiciera mediante reestructuración y posterior transmisión, en vez de hacerse mediante una compraventa ordinaria. Véase consulta vinculante Dirección General de Tributos nº V0084-20, de 17 de enero: «*La donación posterior de las participaciones por parte de los socios mayoritarios puede tener influencia en la determinación del propósito principal de la operación de canje de valores planteada en la medida en que se lograrían unos efectos fiscales distintos de realizarse directamente la donación; si así fuera la operación de canje de valores podría considerarse meramente preparatoria de la donación posterior, entendiéndose que la causa que motivaría la realización del canje de valores sería meramente fiscal no pudiéndose acoger en ese caso al régimen previsto en el Capítulo VII del Título VII de la LIS*» y Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2277-15, de 20 de julio: «*sí puede tener influencia en la determinación del propósito principal de la operación de escisión total de la sociedad C planteada. La operación de escisión proyectada, seguida de una posterior donación inter-socios de parte de las acciones de las entidades beneficiarias, produciría el mismo resultado práctico que la realización de una operación de escisión total no proporcional*».

¹⁰⁰ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V1340-19, de 10 de junio.

¹⁰¹Sentencia del Tribunal Supremo nº 1427/2018 de 26 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3572/2015 y Roj 3329/2018).

¹⁰² Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2404-18, de 6 de septiembre.

¹⁰³Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2404-18, de 6 de septiembre. «*El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas 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 neutral en esas operaciones. Por el contrario, cuando la causa que motiva la realización de*

De igual manera, en el análisis global no sólo deben tenerse en cuenta qué operaciones se realizan (y las circunstancias subjetivas que las rodean), sino también el orden y espacio temporal en el que se realizan. Para la doctrina administrativa, la exigencia de motivos económicos válidos no sólo es aplicable a la justificación de la operación en sí, sino también al momento en el que se realiza, por lo que si no se aprecian (en el caso de que se produzcan efectos fiscales diferentes), la Dirección General de Tributos excluye la aplicación del régimen especial¹⁰⁴. Por otro lado, es igualmente relevante las expectativas de durabilidad de la estructura creada mediante la reestructuración. En este sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Leur-Bloem, que entendió que la creación de una estructura determinada para un período limitado de tiempo podría constituir un indicio de fraude, pero que puede obedecer a motivos económicos válidos.

El estudio global tiene una gran relevancia en reestructuraciones complejas, donde encontramos diversas operaciones. Como hemos dicho anteriormente, estas operaciones se analizan en conjunto, por lo que es posible que se aprecien distintas motivaciones para cada una. La doctrina administrativa es clara al entender que, aunque hay que hacer una valoración global de todo el proceso de reestructuración, esto no impide que se aprecien motivos económicos válidos para algunas operaciones y para otras no, aunque se encuentren dentro del mismo marco de una reestructuración¹⁰⁵.

Por otro lado, y siguiendo con aspectos relevantes del estudio global de la operación, tiene una gran importancia la existencia de bases imponibles negativas

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.”

¹⁰⁴ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V0014-02, de 21 de mayo.

¹⁰⁵ La Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central nº 397/2016, de 8 de octubre de 2019, tiene una gran relevancia en este asunto, que entiende que «*la determinación de la existencia de un motivo económico válido en operaciones mercantiles de reestructuración empresarial acogidas a aquel régimen fiscal especial ha de evaluarse atendiendo al conjunto de circunstancias que envuelven la concreta operación mercantil examinada, esto es, atendiendo a los antecedentes previos y a las circunstancias posteriores. Ahora bien, la coincidencia en el tiempo de varias operaciones mercantiles (bajo la invocación de que engloban una única operación mayor), no puede erigirse en un obstáculo, impedimento o limitación para poder analizarlas todas ellas y, en su caso, concluir la ausencia de motivo económico válido en alguna o algunas de ellas. Lo contrario sería una clara invitación para hacer coincidir en el tiempo distintas operaciones mercantiles, aun siendo inconexas, invocándose para todas ellas la aplicación de aquel régimen fiscal especial bajo el argumento de que forman parte de una operación unitaria mayor, aun cuando no constituyan un todo común ni en alguna de ellas se infiera la existencia de motivos económicos válidos*».

pendientes de aplicación en la sociedad adquirida, a las que hemos hecho referencia anteriormente. Debemos recordar que la sucesión universal de bienes, derechos y obligaciones que conllevan algunas operaciones sujetas al régimen especial incluyen la transmisión de las bases imponibles negativas pendientes de aplicación por la sociedad adquirida, que se integrarían en el patrimonio social de la adquirente, que podrá amortizarlas en ejercicios posteriores respetando los límites de la LIS. Al igual que la inactividad previa de una de las entidades, la jurisprudencia no considera la existencia de estas bases imponibles negativas pendientes de aplicación una presunción deslegitimadora de motivos económicos válidos, siempre y cuando no sean el principal motivo de la operación, que la sociedad absorbente mantenga la rama de actividad operativa, haya motivos estructurales y financieros y no se encuadre en un proceso de liquidación de alguna de las actividades desarrolladas¹⁰⁶. Al respecto se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del caso Foggia (asunto C-126/10), que pone el punto de mira no en la mera existencia de pérdidas de la sociedad adquirida pendientes de amortización fiscal, sino la cuantía de la misma¹⁰⁷, que puede convertirse en un aliciente lo suficientemente importante como para motivar una operación de reestructuración¹⁰⁸. Por último debemos comentar la Disposición Transitoria 16ª de la LIS de 2014, que establecía un límite a la compensación de bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas de la entidad transmitente correspondientes a períodos impositivos anteriores a 1 de enero de 2013, cuando hayan motivado la depreciación de la entidad adquirente en el capital de la transmitente. Sin

¹⁰⁶ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2404-18, de 16 de septiembre: «*El hecho de que la sociedad absorbente y la sociedad absorbida cuenten con bases imponibles negativas pendientes de compensar, no invalida, por sí mismo, la aplicación del régimen fiscal especial, en la medida en que tras la operación de fusión se continúen realizando las actividades que venían realizando las entidades intervinientes en la fusión, redundando la operación en beneficio de dichas entidades, por cuanto se refuerce y mejore la situación financiera de las actividades resultantes de la fusión y no se realice la misma en un momento temporal dentro de un plan de liquidación de alguna de las actividades desarrolladas por dichas entidades, no obstante de los escasos datos que se derivan de la consulta este Centro Directivo no puede determinar*».

¹⁰⁷ En el caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acredita, junto a la existencia de bases imponibles negativas, que la sociedad absorbente buscaba amortizar fiscalmente esas pérdidas. Sin embargo, estos elementos por sí solos no pueden considerarse decisivos. Hay que atenerse a otros indicadores que refuercen esa posición, como que la magnitud de las bases imponibles negativas sea grande o que su procedencia sea incierta.

¹⁰⁸ En dicho caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizó una operación de absorción en la que la sociedad adquirida estaba inactiva en el momento de la modificación estructural y además, tenía unas bases imponibles negativas pendientes de aplicación muy considerables. Estas dos circunstancias unidas hicieron que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechazara la aplicación del régimen especial.

embargo, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, la determinación de que la operación de reestructuración se realizó concurriendo en fraude o evasión fiscal, conlleva necesariamente la imposibilidad de compensar las bases negativas, aunque se tribute por el régimen general¹⁰⁹.

Mediante estas apreciaciones, podemos deducir que el objetivo principal del estudio global del caso es determinar cuál es el peso de los motivos económicos frente a los motivos fiscales. Como hemos dicho anteriormente, el régimen especial no puede aplicarse cuando la operación encuentra su principal motivación en el ámbito fiscal. Esto no significa que haya una prohibición absoluta de que haya consideraciones fiscales que se hayan tenido en cuenta a la hora de realizar la operación, sino que éstas no tengan un papel protagonista en el proceso de toma de decisiones¹¹⁰. El Tribunal Supremo, en consolidada jurisprudencia, es claro respecto a la interpretación del peso de los motivos económicos válidos: *«como ha quedado expuesto, lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más, y simple y llanamente para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista»*¹¹¹, añadiendo que *«una operación de reestructuración basada en diversos objetivos, entre ellos los de naturaleza fiscal, puede haberse realizado por motivos económicos válidos si estos últimos no son los preponderantes»*¹¹². Por tanto, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Administración deberá determinar si los motivos fiscales son preponderantes, ya que sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la operación no se realizó por motivos económicos válidos¹¹³.

Sin embargo, no podemos entender como motivos fiscales únicamente los referentes al IS, sino que también tendremos que poner la vista en aquellos otros

¹⁰⁹Sentencia del Tribunal Supremo nº 2225/2016, de 13 de octubre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1419/2015 y Roj 4512/2016).

¹¹⁰Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011. Caso Foggia, asunto C-126/10.

¹¹¹Sentencia del Tribunal Supremo nº 2508/2016, de 23 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3742/2015 y Roj 5177/2016).

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 4299/2010 y Roj 7264/2012).

¹¹³ Ibidem.

tributos que pueden verse afectados. En este sentido, la Dirección General de Tributos se ha pronunciado en numerosas ocasiones denegando la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal aunque no se aprecie una motivación fiscal para las entidades implicadas respecto al IS pero sí en otros impuestos como el Impuesto sobre Sucesiones¹¹⁴ o el IRPF¹¹⁵, sea para las propias sociedades o a favor de terceros¹¹⁶. De igual manera, el motivo fiscal debe entenderse dentro de los parámetros de evasión o fraude (para conseguir un a ventaja fiscal). Eso es sumamente importante y ha de tenerse en cuenta, ya que la Dirección General de Tributos ha aceptado como motivo económico válido que la operación se realice para simplificar la tramitación de un impuesto¹¹⁷. Como podemos deducir, éste es un motivo «fiscal», pero no en los términos sancionados por la norma y la jurisprudencia. Por el contrario, la Dirección General de Tributos ha rechazado la aplicación del régimen especial cuando la operación se motivaba en un futuro acogimiento a un régimen de tributación especial que fuera más favorable al actual, ya que entiende que es una motivación fiscal de carácter evasivo¹¹⁸.

Todo lo expuesto hasta ahora nos lleva a una cuestión: ¿qué ocurre cuando no se aprecian motivos económicos válidos, o éstos no son suficientes? En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en consolidada jurisprudencia entiende que si la operación no se realiza con un motivo económico válido, se activa una presunción¹¹⁹ de fraude o evasión fiscal, no procediendo la aplicación del régimen especial. Esta presunción es *iuris tantum*¹²⁰, dado que puede y debe ser desvirtuada por el sujeto

¹¹⁴ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V0084-20, de 17 de enero.

¹¹⁵ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V0932-16, de 23 de junio.

¹¹⁶ Ibidem inaplica el régimen de neutralidad fiscal cuando la operación se motivaba en un posible ahorro fiscal para los clientes de la misma.

¹¹⁷ En la Consulta Vinculante nº V1834-18, de 22 de junio, la Dirección General de Tributos acepta como motivo económico válido para la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal motivado, entre otros, la simplificación de la tramitación del Impuesto sobre el Valor Añadido (mediante escisión, la matriz dejaba de aplicar el régimen de prorata, dividiendo en dos sociedades las actividades sujetas y no sujetas, respectivamente). Como podemos deducir, esta operación no tiene como objetivo el fraude o la evasión fiscal, sino únicamente optimizar la estructura empresarial para minimizar los costes administrativos de la gestión de tributos.

¹¹⁸ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V4440-16, de 17 de octubre.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Leur-Bloem (C-28/95): «Conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya efectuado por motivos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal». Esta jurisprudencia es confirmada en el caso Foggia (asunto C-126/10).

¹²⁰ El Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de mayo de 2013 de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1668/2011 y Roj 2588/2013) es sumamente clarificador al respecto: «No se le ha negado la

pasivo, que debe demostrar que la operación se realizó con motivos económicos y que éstos eran válidos¹²¹. Aunque el desarrollo de la naturaleza de esta presunción tiene su origen en la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el legislador comunitario la incluyó en la actualización de la Directiva de 1990 la Directiva 2009/133/CE, que en su artículo 15 añade a la cláusula antielusión la consideración de presunción de fraude la inexistencia de motivos económicos válidos¹²².

Sumamente controvertida ha sido la carga de la prueba de la existencia (o no) de motivos económicos válidos en la operación. Mientras que la Directiva 90/434/CEE no dice nada al respecto, en la trasposición que se hizo mediante la Ley 29/1991 se exigía que la Administración Tributaria probará mediante un procedimiento de comprobación administrativa previo el fraude o la evasión fiscal (como tales o por la inexistencia de motivos económicos válidos) para inaplicar el régimen de neutralidad fiscal¹²³. Esta exigencia se mantuvo en la LIS de 1995, hasta su modificación en la Ley 14/2000, coincidiendo con la inclusión del concepto de motivos económicos válidos en la norma interna. Esta modificación tuvo lugar porque la exigencia de un procedimiento previo de comprobación administrativa para probar el fraude -unido a la no referencia de los motivos económicos válidos en la Ley de 1991- no era acorde a la normativa comunitaria y su interpretación jurisprudencial, que era más flexible al respecto (como hemos podido ver en el caso *Leur-Bloem*), liberándose así a la Administración de tener que incoar dicho procedimiento¹²⁴. Este cambio de vía de inaplicación del régimen especial es coherente con la interpretación que ha realizado la

*aplicación del régimen especial del capítulo VIII del título VIII de la Ley 43/1995 porque, prima facie, no haya acreditado la existencia de motivos económicos válidos en la operación de escisión, sino porque la Administración ha constatado, como le incumbía, que el objetivo principal era obtener una ventaja fiscal, conclusión a la que llega tras comprobar la ausencia de esos motivos mediante el uso de la presunción *juris tantum*».*

¹²¹ En las citadas sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea incide en numerosas ocasiones que los argumentos esgrimidos por las entidades no fueron suficientes.

¹²² Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009. En su artículo 15.1a), dice: «*el hecho de que las operaciones no se efectúen 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*».

¹²³ La Ley 29/1991 estipulaba en su artículo 16: «*Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1.º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido*».

¹²⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2011, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 344/2008 y Roj 4373/2011).

jurisprudencia al respecto, identificando la cláusula antielusión con el fraude de derecho del Código Civil, y no con el de fraude fiscal de la LGT de 1963, como hemos expuesto anteriormente, por lo que era improcedente la exigencia de un procedimiento previo que probara el fraude¹²⁵.

Tras la modificación del precepto legal, que se mantiene en la actualidad, la Administración debe fundar debidamente el rechazo a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, argumentando cada caso. Sin embargo, no sería correcto decir que la carga de la prueba pasara a atribuirse absolutamente a la entidad que pretende acogerse al régimen especial, aunque sí se constituye como un derecho¹²⁶. Por tanto, sería más correcto afirmar que la carga de la prueba es doble, y tiene sentidos distintos: por un lado, la Administración debe acreditar y justificar los fundamentos para la inaplicación¹²⁷, mientras que, por otro lado, el sujeto pasivo (entidad adquirente) deberá probar la existencia de motivos económicos válidos¹²⁸, desmontando los argumentos de la Administración¹²⁹. Como podemos ver, aunque la carga de la prueba pasa al contribuyente¹³⁰, hay una exigencia previa para la Administración, que debe fundamentar la inaplicación. En este sentido, no es necesaria una prueba plena, sino una alegación fundada de los motivos que motivaron la operación¹³¹ para desactivar la aplicación de fraude o evasión fiscal que abre la puerta a la utilización de la cláusula antifraude, debiendo la Administración (o, en su caso, los órganos jurisdiccionales) verificar la coherencia de estos motivos y el peso real de los mismos en el proceso de toma de decisiones.

¹²⁵ En este sentido se pronuncia CALVO (2013), que entiende que mediante la inaplicación del régimen especial por una ventaja fiscal no supone que haya una norma eludida y una norma de cobertura, sino una opción por un régimen fiscal más favorable que la Administración Tributaria, en aplicación de la norma, no ve procedente. Esta visión se relaciona estrechamente con la ya expuesta visión autonomista de la cláusula antielusión del régimen especial.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea caso Schwebbes, asunto C-196/04.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 4072/2013 y Roj 876/2015).

¹²⁸ FALCÓN Y TELLA (1995). En este artículo, el autor defiende que quien haga valer su derecho (como es en este caso la aplicación del régimen especial) deberá probar los hechos constitutivos del mismo (existencia de motivos económicos válidos).

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 724/2013 y Roj 789/2014).

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1218/2016, de 30 de mayo, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1776/2015 y Roj 2383/2016).

¹³¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 320/2007 y Roj 899/2011).

C. APLICACIÓN Y CONTROL DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE NEUTRALIDAD FISCAL

El control de la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal corresponde en primer lugar a la Administración Tributaria. Como hemos explicado anteriormente, durante la vigencia de la versión original de la LIS de 1995, la norma exigía un procedimiento de comprobación administrativa previa a la inaplicación del régimen, en la que se debía probar el fraude. Sin embargo, en la actualidad ese procedimiento previo deja de ser preceptivo, flexibilizando la vía de inaplicación. Actualmente, la entidad adquirente debe comunicar previamente la operación a la Administración por lo que cabría un control *ex ante* por parte de ésta. Sin embargo, en atención a la práctica actual de la Agencia Tributaria y la jurisprudencia expuesta en el presente trabajo, entendemos que la vía indicada para controlar la aplicación correcta del régimen especial de neutralidad fiscal es el la inspección a posteriori. Esto es así porque, como podemos recordar, en el estudio del caso global se exige que se tengan en cuenta las circunstancias posteriores a la operación para poder realizar la evaluación de sus motivos.

El proceso de comprobación administrativa, si cumple todas las garantías, no afectaría al proceso de toma de decisiones empresariales, ya que el contribuyente tiene la oportunidad de aportar las pruebas que estime convenientes para justificar la aplicación del régimen especial y responder a las pruebas presentadas por la Administración en la activación de la presunción de fraude¹³². Los motivos económicos válidos se configuran como una herramienta esencial, dentro de las que ya dispone, para desmontar las apreciaciones o presunciones que haya hecho la Administración, no siendo excluyentes otros medios de prueba que se puedan utilizar. En consecuencia, la exigencia de una prueba mínima no supone un cuestionamiento de las políticas

¹³² En la Sentencia de 26 de febrero de 2015, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 4072/2013 y Roj 876/2015), el Tribunal Supremo entiende que “*Es a la Administración a la que corresponde acreditar la existencia de un montaje puramente artificial, siendo lo cierto que en este caso no llegó a justificar y acreditar que las razones fiscales hayan sido las únicas determinantes para la realización de las operaciones controvertidas*”.

empresariales, sino una oportunidad de esclarecer de forma racional la forma de operar del sujeto pasivo¹³³.

Si los motivos económicos válidos no son admitidos por la Administración, esta decisión puede ser recurrida mediante los procedimientos tributarios de revisión o en el ámbito jurisdiccional. En caso de conflicto entre la Administración y el obligado, el Tribunal Económico-Administrativo es el encargado de resolver. La apertura de la vía jurisdiccional no termina en una primera instancia, siendo posible acudir a instancias superiores hasta llegar a la Audiencia Nacional. En este aspecto, debemos señalar que los motivos económicos válidos están excluidos del recurso de casación, dado que son una herramienta probatoria¹³⁴. Tanto en el procedimiento en vía administrativa como el proceso jurisdiccional, el valor probatorio de los motivos económicos válidos se clasifica en cuantificables y no cuantificables: son cuantificables aquellos que responden a un escenario económico calculable, con resultados y variables ciertas, mientras que los no cuantificables son aquellos en los que el fondo económico está definido por otros aspectos empresariales.

Respecto al control jurisdiccional de la actividad inspectora de la Administración Tributaria, éste ha puesto de relieve el excesivo celo que se ha llegado a categorizar de «inquisitivo» de la misma a la hora de inaplicar el régimen especial. En numerosas sentencias¹³⁵, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional han percibido una interpretación abusiva de la cláusula antielusión por la parte de la Administración Tributaria, que en no pocas ocasiones ha llegado a establecer una presunción *iuris et de iure* de inaplicación del régimen especial. Sumamente relevante

¹³³ GARCÍA-TORRES (2019).

¹³⁴ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 724/2013 y Roj 789/2014), que entiende que « a la existencia de motivos económicos válidos en la operación de escisión llevada a cabo, estamos ante una cuestión cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia y que, en consecuencia, está vedado a la vía casacional, salvo que la parte hubiese denunciado [...] la existencia de una valoración de la prueba irracional, arbitraria o ilógica o cualquier otra de las vías extraordinarias que permitiese a esta Sala entrar a conocer sobre la existencia o no de una finalidad de fraude o evasión en la operación realizada».

Respecto a la errónea valoración de la prueba, debemos recordar que fue excluida del recurso de del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley.

¹³⁵ Entre otras, destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 2218/2011 y Roj 3184/2013).

es, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011¹³⁶, donde la Audiencia Nacional percibe una “preocupante tendencia” al abuso de las cláusulas antifraude de origen comunitario (como es el caso del régimen especial de neutralidad fiscal), no viéndose el órgano inspector del caso satisfecho con ninguna de las explicaciones aportadas por la sociedad para justificar la operación. La Audiencia entiende que la Administración Tributaria había hecho una identificación del beneficio fiscal y presunción de fraude, llegando a establecer una economía de opción negativa, por la cual el obligado debía optar por la opción más gravosa. De este modo, la cláusula antiabuso, que debía tener una aplicación excepcional, se convertía casi en una presunción.

Otra función muy relevante de la Administración Tributaria son las consultas de la Dirección General de Tributos. La mayor parte de la conflictividad en la aplicación de la cláusula antiabuso -y en especial, la interpretación del concepto de motivos económicos válidos- en el régimen especial de neutralidad fiscal es la dificultad para determinarlos y adaptarlos a la casuística propia de cada operación, al ser un concepto jurídico indeterminado por la norma. Prueba de ello son las numerosas consultas vinculantes que recibe la Dirección General de Tributos, en las que se exponen las circunstancias individuales de los contribuyentes para obtener una respuesta por parte de la Administración, siendo una vía que da certezas dentro de la dificultad de aplicación de los motivos económicos válidos. La posibilidad legal de realizar consultas a la Dirección General de Tributos que tengan un carácter vinculante se incluye expresamente en la cláusula antiabuso en la reforma de la LIS de 1995 que tuvo lugar mediante la Ley 14/200¹³⁷. Esta referencia fue eliminada con la vigente LIS de

¹³⁶ Convalidada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 2218/2011 y Roj 3184/2013). Su Fundamento Jurídico 8º ha sido transcrito en otras sentencias de la propia Audiencia Nacional de 2011 como la de 9 de marzo (Nº de recurso 1110/2008 y Roj 1081/2011) y 22 de septiembre (Nº de recurso 344/2008 y Roj 4373/2011).

¹³⁷ En el párrafo segundo del apartado segundo del reformado artículo 110 encontramos lo siguiente: «*En los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente Capítulo en éste y cualesquiera otros tributos*». Esta modificación tiene una gran relevancia, dado que el artículo 107 de la LGT de 1963 regulaba que, como norma general, las consultas a la Administración tributaria no vinculaba a la Administración. Esta norma específica de vinculación de la Administración a la respuesta deja de tener sentido con la entrada en vigor de la nueva LGT de 2003, ya que las consultas a la Administración pasan a ser vinculantes para ésta como norma general.

2014, dado que existe una habilitación general en el artículo 88 y siguientes de la LGT. Sin embargo, la vinculación de la Administración a las respuestas de la Dirección General de Tributos en las consultas vinculantes tiene como límite principal la información aportada por el contribuyente en el planteamiento de los hechos, ya que si se omiten datos relevantes, la respuesta dejaría de ser vinculante¹³⁸. Pese a ello, gracias a este medio, los contribuyentes han podido obtener certezas en la aplicación de un concepto jurídico complejo¹³⁹.

En el caso de que la Administración, en el procedimiento de comprobación, o la autoridad judicial en la vía jurisdiccional entiendan que no se cumplen los requisitos legales, se inaplicará el régimen especial de forma total o parcial. Esta principal consecuencia la encontramos en el artículo 89.2 de la LIS¹⁴⁰, que limita los efectos de la inaplicación al ámbito fiscal. Este párrafo es novedoso respecto a la redacción que el artículo 96.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004 (aplicable a períodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015). Así, mientras el artículo 96.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004 establecía como consecuencia la no aplicación del régimen fiscal especial, el artículo 89.2 de la LIS vigente circunscribe el resultado de la comprobación administrativa a la eliminación de las ventajas fiscales obtenidas.

Por otro lado, la inaplicación parcial encuentra su primera regulación en el artículo número 11.1 de la Directiva 434/90 CE, siendo una posibilidad para los

¹³⁸Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2018, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 52/2016 y Roj 2098/2018).

Por otro lado, en casi la totalidad de las consultas vinculantes relacionadas con el régimen de neutralidad fiscal, la Dirección General de Tributos incluye esta cláusula limitadora:

«La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por el consultante, sin tener en cuenta otros hechos y circunstancias no mencionados, que pudieran tener relevancia en la determinación del propósito principal de la operación proyectada, de tal modo que podría alterar el juicio de la misma, lo que podrá ser objeto de comprobación administrativa a la vista de la totalidad de los hechos y circunstancias previos, simultáneos y posteriores concurrentes en la operación realizada».

¹³⁹ Pese a haber numerosísimos casos, podemos hacer referencia a dos consultas recientes con gran relevancia: la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2253-18, de 26 de julio, mediante la cual la Dirección General de Tributos admitía que el Brexit era un motivo económico válido para realizar una fusión, y por otro lado la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2225-18, de 26 de julio, que admitía como motivo económico válido para una escisión la existencia de graves conflictos entre socios.

¹⁴⁰Dicho artículo expresa lo siguiente: *«Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal».*

Estados. En este sentido, la Dirección General de Tributos elaboró un informe el 10 de octubre de 2005¹⁴¹ en el que basa la inaplicación parcial en el principio de proporcionalidad, por el que la Administración establece las medidas más adecuadas. Esta modalidad, que tiene un carácter excepcional, se aplica cuando el beneficio fiscal no deseado por la norma sólo se realiza en una determinada operación dentro de un proceso de reestructuración, cabiendo la inaplicación del régimen especial únicamente donde se incumple la norma y no en todo el proceso. En el caso concreto objeto de estudio del informe -una escisión-, la Dirección General de Tributos llega a la conclusión de que es posible una inaplicación parcial, tributando sólo la parte del patrimonio escindido que no cumple con los requisitos formales y materiales que exige la Ley, manteniendo la aplicación del régimen especial al patrimonio no afectado.

Sin embargo, la inaplicación parcial del régimen especial no está exenta de polémica, pese a su consolidación en la doctrina administrativa¹⁴². Debemos destacar en este sentido el Auto del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2018¹⁴³, que admite a trámite el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2018. Este auto es relevante porque pone en relieve la ausencia de jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo sobre la aplicación parcial del régimen de neutralidad, que fue admitida por la Audiencia Nacional en la citada sentencia. El alto Tribunal aún no ha dictado sentencia, por lo que la validez de la aplicación parcial y los límites de su ejecución aún no han sido resueltos.

III. APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: ESPECIAL REFERENCIA REFERENCIA AL PROCESO DE POSITIVIZACIÓN DE CLÁUSULAS GENERALES ANTIELUSIÓN

La planificación fiscal en el ámbito internacional ha sufrido una gran revolución en las últimas décadas gracias al proceso de globalización de la economía mundial, donde destaca el proceso de creación de un mercado interior europeo. La internacionalización de los negocios, creando estructuras cada vez más complejas, ha generado para los

¹⁴¹ BORRÁS y NAVARRO (2019).

¹⁴² Véase la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos nº V2887-15, de 6 de octubre y V1328-16, de 31 de marzo.

¹⁴³ Auto Tribunal Supremo de 28 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 5443/2018 y Roj 12842/2018).

Estados la necesidad de articular mecanismos fiscales que garanticen la tributación efectiva de rentas generadas. A este fenómeno, debemos igualmente nombrar el exponencial aumento de la movilidad de los capitales, gracias al desarrollo de las tecnologías de las comunicaciones.

En este desarrollo económico y empresarial, el componente fiscal ha ganado una gran relevancia en los procesos de tomas de decisiones, al ser una parte importante de la estructura de costes. Las empresas realizan, por tanto, una lógica planificación fiscal a nivel de grupo para mejorar la rentabilidad a largo plazo de éste. Sin embargo, debido a este aumento de la complejidad de la estructura empresarial y la mayor facilidad operativa en mercados internacionales, se ha producido igualmente un aumento de vías por las que entidades minimizan la carga fiscal. Esta reducción del coste fiscal no siempre es a través de medios lícitos, siendo la evasión fiscal en negocios internacionales uno de los problemas actuales de mayor importancia para los Estados y las organizaciones supranacionales.

A. LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LA UNIÓN EUROPEA

En este sentido, en la UE encontramos diferentes Directivas que tienen como objetivo principal evitar la evasión fiscal estableciendo cláusulas antiabuso como la que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo. Dentro de estas Directivas, la más importante es la número 2013/1164¹⁴⁴, conocida como ATAD (por su siglas en inglés: *Anti Tax Avoidance Directive*), que establece normas mínimas antielusión en el desarrollo del mercado interior¹⁴⁵. Su ámbito de aplicación es el IS, teniendo como principal objetivo garantizar el pago del impuesto en el Estado en el que se generen los beneficios y el valor (como puede leerse en su Considerando 1º). Dentro de ese objetivo general, especial relevancia tiene la erosión de las bases imponibles de las sociedades que operan dentro de la UE, que mediante complejos mecanismos fiscales trasladan los beneficios empresariales fuera de los Estados donde se han generado o, incluso, fuera de la UE. En este contexto, la Directiva pretende establecer unas normas generales contra estas prácticas abusivas que debilitan los sistemas impositivos, aplicándose en

¹⁴⁴ Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

¹⁴⁵ LEFEBVRE F (coord) (2020).

aquellos casos en los que no haya una disposición específica (como pueden ser las reestructuraciones empresariales, como hemos desarrollado a lo largo del trabajo). En esta cláusula general, vuelve a tener un gran protagonismo el concepto de motivos económicos válidos, que deberán ser tenidos en cuenta por los Estados a la hora de aplicar esta cláusula general de antielusión.

La Directiva establece una serie de reglas que afectan a la limitación de gastos de financiación y la imposición de salida de activos. Sin embargo, es el artículo 6 el más importante para nuestro estudio, dado que es el que regula la norma general contra prácticas abusivas: *«A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte»*. Como podemos ver, la redacción del presente artículo tiene una gran similitud con la del artículo 11 de la Directiva 90/434, poniendo el foco en la ánimo evasivo o fraudulento de la operación.

Por otro lado, en el apartado segundo se establece lo siguiente: *«A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica»*. El uso del concepto «razones comerciales válidas», con un significado analógico al estudiado motivos económicos válidos, encuentra un precedente en la regulación del régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales, con la Directiva 2011/96/UE¹⁴⁶ y su posterior modificación con la Directiva 2015/121¹⁴⁷. La aplicación de esta cláusula general es idéntica a la ya explicada en el

¹⁴⁶ Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

¹⁴⁷ Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

régimen especial de neutralidad: estudio objetivo y global del caso, aplicación de la presunción de fraude e inaplicación del beneficio fiscal.

El desarrollo de la Directiva 2013/1164 (ATAD) responde a una realidad que ya se puso en relieve en la mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del caso *Schweppes* (asunto C-196/04), que estableció las bases para la creación e interpretación de una norma antielusión de carácter más general a la del régimen especial de neutralidad fiscal. El camino señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue seguido por la Comisión Europea, que en la Recomendación de 2012 pedía la creación de mecanismos normativos que puedan luchar contra las estructuras artificiales creadas por entidades internacionales para la obtención de una ventaja fiscal. En este sentido, se observa una tendencia generalizadora de la aplicación de las cláusula antiabuso¹⁴⁸.

Esta Directiva antiabuso nace dentro del contexto del Paquete de Medidas Antielusión conocido como ATAP (“*Anti Tax Avoidance Package*”), encuadrada en el Plan de Acción BEPS (Plan de Lucha contra la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios, *Base Erosion and Profit Shifting* en inglés). El proyecto BEPS impulsado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE) tiene como principal objetivo establecer unas normas de ámbito internacional para dar respuesta a los denominados esquemas internacionales de elusión fiscal y planificación fiscal agresiva¹⁴⁹. Dentro de ese plan de la OCDE, el Consejo Europeo ha establecido una hoja de ruta par armonizar estos aspectos fiscales en el mercado interior en coordinación con la OCDE, siguiendo los mismos principios, objetivos y calendario¹⁵⁰. El Plan BEPS está dividido en diferentes acciones¹⁵¹, siendo la número 6 la más relevante para este trabajo: *Impedir la utilización abusiva de*

¹⁴⁸ FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD (2016).

¹⁴⁹ La OCDE los describe de la siguiente forma: «*BEPS hace referencia a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios propiciados por la existencia de lagunas o mecanismos no deseados entre los distintos sistemas impositivos nacionales de los que pueden servirse las empresas multinacionales (EMN), con el fin de hacer “desaparecer” beneficios a efectos fiscales, o bien de trasladar beneficios hacia ubicaciones donde existe escasa o nula actividad real, si bien goza de una débil imposición, derivando en escasa o nula renta sobre sociedades*».

Obtenido de “*10 preguntas sobre BEPS*”, en <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf> (revisado en mayo de 2020).

¹⁵⁰ FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD (2016).

¹⁵¹ Aprobadas en la Cumbre del G20 de San Petersburgo del 5 y 6 de septiembre de 2013.

convenios fiscales. Este proyecto de gran envergadura aún está en fase de desarrollo, dado que paulatinamente se están incorporando las medidas acordadas dentro de los Estados que participan en él.

B. CLÁUSULAS ANTIABUSO EN EL DERECHO COMPARADO

Para poder entender las cláusulas antiabuso en la normativa española (tanto la de carácter general como la específica del régimen especial que venimos estudiando), debemos hacer un breve análisis de la situación actual en el derecho comparado para así obtener una visión completa.

1. Estados Unidos

La aplicación de la doctrina del *business purpose* nace en Estados Unidos con el caso *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935). En este caso, la Sra. Gregory realizó una compleja operación de reestructuración de varias sociedades de las que era propietaria con el propósito de eludir la tributación por los dividendos obtenidos por una operación de compraventa de una de las sociedades a un tercero. El Tribunal Supremo de Estados Unidos falló que no se le debía aplicar el régimen fiscal especial, dado que la operación no tenía ningún sentido desde una visión puramente mercantil o societaria, encontrando dicha motivación en el ámbito fiscal. En consecuencia, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos entiende que la motivación fiscal no es lícita para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. Por tanto, la doctrina del *business purpose* desempeña una función interpretativa de la norma fiscal desde una óptica teleológica¹⁵², negando la aplicación del régimen de neutralidad fiscal cuando no existe un motivo económico no-fiscal suficiente que sustente la operación de reestructuración. Esta sentencia supuso una doctrina rompedora dada la repercusión del caso, estableciendo las bases de las cláusulas generales posteriores tanto en países anglosajones como continentales.

Podemos concluir, por tanto, que esta doctrina americana tiene un origen jurisprudencial, interpretativo, aunque ha sufrido un proceso de positivización en normas fiscales especiales desde su consolidación. En este sentido, se han incluido cláusulas generales antielusión en el Internal Revenue Code (código tributario general

¹⁵² MARÍN (2009).

estadounidense), donde se hace especial referencia a la sustancia económica independientemente del ahorro fiscal, que se une a la exigencia del propósito sustancial¹⁵³.

2. Países europeos

En el continente europeo encontramos diferentes situaciones. En países del noroeste europeo como Bélgica, Francia o Alemania es preponderante la adopción de cláusulas generales antielusión basadas en el fraude de ley (exigencia de fraude demostrado previamente), a diferencia de países del Este de Europa, que junto a Portugal, Grecia o Irlanda, se basan en la doctrina de la “sustancia sobre la forma” (siguiendo la doctrina estadounidense). Sin embargo, también encontramos países con normas intermedias que tienen en cuenta ambas doctrinas, como es España, Italia, Austria o Hungría¹⁵⁴. Sin embargo, sería interesante desarrollar la regulación de algunos países:

Reino Unido: la doctrina anglosajona introdujo mediante interpretación judicial limitaciones al acogimiento de beneficios fiscales cuando se dan en abuso de derecho. Sin embargo, en 2014, previo a la aprobación de la Directiva, el Reino Unido introdujo una norma general antiabuso en el ordenamiento tributario, aunque ésta presenta una diferencia importante en cuanto a su aplicación, no siendo necesario que la operación desvirtúe la finalidad de la norma fiscal, siendo suficiente que ésta no sea razonable desde un punto de vista económico para la inaplicación de la norma fiscal favorable, por tanto, una cláusula general de aplicación mucho más amplia¹⁵⁵.

Países bajos: en el artículo 31 del Código general tributario holandés encontramos una cláusula antiabuso de aplicación general, pero que tiene una baja aplicación en operaciones domésticas. En estos casos, se aplica una cláusula general antielusión de origen jurisprudencial (desarrollada por el Tribunal Supremo)¹⁵⁶.

¹⁵³ CALDERÓN y RUIZ (2010).

¹⁵⁴ FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD (2016).

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ *Netherlands country profile* - 2019. KPMG <https://home.kpmg/xx/en/home/insighTribunalSupremo/2018/07/european-tax-netherlands-country-profile.html> (revisado en mayo del 2020).

Polonia: hasta la aprobación de la ya citada Directiva en 2016/1164, Polonia carecía de cláusula general antielusión en su normativa interior¹⁵⁷. Fue tras la aprobación de la Directiva (concretamente, en 2017), mediante un procedimiento parlamentario paralelo pero influenciado por el comunitario, cuando se incluyó en el sistema normativo polaco la norma general antielusión para operaciones que superen un límite cuantitativo¹⁵⁸.

Suiza: la legislación fiscal suiza no tiene una cláusula general antielusión estatutaria¹⁵⁹, aplicándose una de origen jurisprudencial introducida en 1933 por el Tribunal Supremo Federal de Suiza¹⁶⁰, con unas características similares a una cláusula general antielusión. Llama la atención que el origen jurisprudencial suizo es anterior al estadounidense, pero no tuvo la misma repercusión ya que el fondo de la solución no supuso una doctrina novedosa del nivel que la americana.

C. CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

Los Convenios de Doble Imposición son una figura esencial en la fiscalidad internacional. Dada la naturaleza de estos tratados internacionales, en su aplicación es susceptible usos impropios de la norma (abusos de convenio, como podría ser «*treaty shopping*»¹⁶¹). Para evitarlo, los propios Convenios de Doble Imposición cuentan en su articulado cláusulas antielusión, aunque normalmente éstas son de naturaleza especial (SAAR). Este tipo de cláusulas podemos encuadrarlas en dos categorías en función de sus efectos en el obligado tributario¹⁶²: las primeras tratan de combatir el sin reducir el ámbito subjetivo de los tratados mediante normas de transparencia, normas de exclusión, normas de sujeción efectiva y las cláusulas de tránsito. Por otro lado, la

¹⁵⁷ *Poland's new general anti-avoidance rules target MNCs*. PWC.

<https://www.pwc.com/us/en/services/tax/library/insighTribunalSupremo/poland-new-general-anti-avoidance-rules-target-mncs.html> (revisado en mayo del 2020).

¹⁵⁸ Polish Investment & Trade Agency (Gobierno polaco) https://www.paih.gov.pl/polish_law/tax_law (revisado en mayo del 2020). La cláusula antielusión polaca se aplica para operaciones superiores a 100.000PLN, que al cambio (en mayo de 2020) suponen aproximadamente 25.000€.

¹⁵⁹ Hay una excepción y está en el art. 21 (2) Federal Withholding Tax Act (Norma fiscal federal de retenciones). Esta cláusula establece que el reembolso de la retención en origen no es admisible cuando conduce a la evasión fiscal.

¹⁶⁰ Decisión del Tribunal Supremo Federal Suizo BGE 59 I 272 of December 1, 1933.

¹⁶¹ El *treaty shopping* consiste en utilizar una entidad residente en un país que haya celebrado un Convenio de Doble Imposición con el Estado de la fuente por parte de sujetos residentes en Estados que no han celebrado un Convenio de Doble Imposición con el Estado de la fuente con el fin de obtener la reducción o eliminación de la tributación en la fuente que establezca el convenio.

¹⁶² EY Abogados (2015).

segunda categoría de medidas aborda el «*treaty shopping*» alterando el ámbito subjetivo (cláusulas de limitación de beneficios). Esta categoría es de aplicación general en los Convenios de Doble Imposición que utilizan el modelo de la OCDE. Por otro lado, no podemos olvidar que los Convenios de Doble Imposición se caracterizan por su gran heterogeneidad, a pesar de la utilización de modelos generalizados. Por ejemplo, dentro de esta heterogeneidad, los Convenios de Doble Imposición de la red de los Estados Unidos cuentan con un robusto clausulado antiabuso¹⁶³.

Sin embargo, pese a la gran preponderancia de cláusulas específicas, sí que hay una tendencia (especialmente desde 2011) a incluir cláusulas generales¹⁶⁴. Dentro de estas cláusulas específicas, una que ha tenido un gran desarrollo mediante los nuevos comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE es la cláusula de beneficio efectivo, que se presenta como una medida efectiva antielusión en los Convenios de Doble Imposición (y que está presente en la mayoría de los firmados por España, aunque haya tenido una aplicación escasa)¹⁶⁵.

Uno de los aspectos más relevantes de la ausencia de cláusulas generales en los Convenios de Doble Imposición es la aplicación de las cláusulas generales de antielusión domésticas, situación que puede provocar inseguridad jurídica dada la gran heterogeneidad de normativa que hay en el ámbito internacional. Para evitar esta situación, los nuevos comentarios de la OCDE recomiendan la aplicación de los motivos económicos válidos como métrica idónea para la aplicación de los Convenios de Doble Imposición¹⁶⁶.

A pesar de ello, dada la naturaleza de Tratados Internacionales de carácter fiscal, la interpretación de los mismos dentro de los órganos administrativos y judiciales españoles debe hacerse teniendo en cuenta las reglas básicas de nuestro sistema tributario, siendo la cláusula antielusiva general del artículo 15 de la LGT (abuso de derecho) una figura de gran relevancia, aunque no puede suponer una

¹⁶³ DELGADO (2002).

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Ibidem.

incorporación “por la puerta de atrás” de cláusulas antielusión que el propio Convenio de Doble Imposición no ha incluido.

CONCLUSIONES

Durante el presente trabajo hemos hecho un recorrido por el régimen especial de neutralidad fiscal, incidiendo en uno de los elementos de mayor importancia en su aplicación: la cláusula antielusión y la especial referencia a la exigencia de un motivos económico válido.

La regulación del régimen de neutralidad fiscal tiene su origen en la Directiva 90/434/CEE, que pese a los grandes cambios que ha habido en el ámbito fiscal y empresarial desde entonces, ha mantenido la vigencia casi literal de sus aspectos esenciales. Esta vigencia tan sólida ha sido gracias a la claridad de la norma comunitaria, que ha permitido a los diferentes Estados miembros adaptarla a sus respectivas normativas interiores sin que los aspectos esenciales se vean desvirtuados.

Dentro de esa incorporación en el derecho nacional, el régimen especial de neutralidad fiscal tiene una gran relevancia jurídica dentro del marco normativo fiscal general por su aplicación y desarrollo. Aunque es un régimen de aplicación limitada, si lo vemos con perspectiva dentro del ámbito de aplicación del Impuesto sobre Sociedades, uno de los más importantes dentro del sistema tributario español, su aplicación ha influenciado en gran manera aspectos generales del régimen normativo como son el concepto de abuso del derecho en el ámbito tributario, el fraude o evasión, la economía de opción y las propias cláusulas antielusión. La evolución normativa y desarrollo jurisprudencial de la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal han sido puntos de inicio o causas para determinar la interpretación de estos conceptos básicos en el ámbito tributario.

El régimen especial de neutralidad fiscal ha sufrido una serie de modificaciones en la legislación nacional que han afectado esencialmente en la aplicación del mismo. La trasposición de la directiva mediante la Ley 29/1991 y las reformas de 2000 y 2014 han supuesto una convergencia de la normativa española con el precepto comunitario de 1990. Esta evolución ha sido respuesta de las exigencias jurisprudenciales, tanto

europas como nacionales, que han acotado la interpretación administrativa de la cláusula antielusión. Sí que debemos admitir que la norma europea, al igual que la nacional, son sumamente genéricas en cuanto al desarrollo de los principios básicos que permiten la aplicación del régimen especial. Esta circunstancia no afecta a las propias operaciones susceptibles de aplicación como tales, que están bien identificadas tanto en la Directiva 90/434 como en el Título VII del Capítulo VII de la LIS, donde hacen sendas definiciones de las operaciones. La importancia de estas definiciones radica en que desligan la norma fiscal de la norma mercantil sobre reestructuraciones, ya que deja fuera de la aplicación del régimen especial algunas operaciones que sí están permitidas en la norma mercantil (como es la escisión no proporcional). No podemos olvidar que estas operaciones son de una gran heterogeneidad y, gracias al desarrollo económico y empresarial, están adquiriendo cada vez una mayor complejidad. Por tanto, gracias a la claridad de la Directiva y de la LIS, esta parte de la regulación del régimen especial se ha mantenido sin apenas cambios.

Sin embargo, es en la limitación a la aplicación del régimen especial donde ha tenido mayor relevancia jurídica su implantación, centrando el protagonismo en la cláusula antielusión. Como hemos visto, el legislador europeo decidió adoptar la doctrina de origen anglosajón de la sustancia sobre la forma (*substance over form*), utilizando como filtro de aplicación el ámbito subjetivo del obligado, es decir, el motivo económico de la operación (*business purpose*). Como hemos podido ver, como en otros muchos aspectos relacionados con el mundo empresarial y los negocios, Estados Unidos fue pionero en el desarrollo de estas doctrinas que han demostrado su utilidad y valía a lo largo de décadas de aplicación, por lo que era consecuencia lógica que se implementaran en Europa con las pertinentes adaptaciones.

En este sentido, sí que encontramos numerosas modificaciones en la regulación nacional de la cláusula antielusión del régimen especial. Como hemos estudiado a lo largo del trabajo, el legislador nacional ha intentado establecer una regulación propia de la cláusula antiabuso, imponiendo exigencias especiales (como era la solicitud de aplicación en un momento previo determinado o la necesidad de demostrar el fraude en un procedimiento previo) que se alejaban de la Directiva. Sin embargo, las últimas reformas han revertido esta divergencia, hasta tener en la actualidad una cláusula

antielusión casi idéntica a la de la Directiva, que ha demostrado su flexibilidad y eficacia. Sin duda, uno de los elementos más decisivos para la eficacia de esta cláusula antielusión es la interpretación jurisprudencial. En este sentido, la inclusión del concepto de motivos económicos válidos en la Directiva supuso un hito muy relevante, aunque adolecía de una gran ambigüedad, ya que era un concepto jurídico indeterminado. Ha sido la jurisprudencia europea (en los famosos casos Leur Bloem, Foggia y Schweppes, principalmente) la que ha acotado y establecido la base interpretativa de este concepto. Esta interpretación, desarrollada por la jurisprudencia nacional (tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional) se basa en los siguientes pilares:

1. Estudio del caso global, teniendo en cuenta las circunstancias previas, coetáneas y posteriores a la operación.
2. Interpretación de motivos económicos válidos como aquellos que no son de ámbito fiscal y que siguen una lógica económica.
3. Establecimiento de una presunción de fraude fiscal ante la ausencia de motivos económicos válidos.
4. Equilibrio en la carga de la prueba: la Administración deberá fundar la inaplicación en una realidad y el obligado deberá alegar y probar mínimamente la existencia de motivos económicos válidos para desactivar la presunción.

La revisión judicial ha puesto de manifiesto que por parte de la Administración Tributaria se ha llevado a cabo una interpretación abusiva de la cláusula antielusión. Esta interpretación abusiva estaba relacionada con el cuarto punto, la carga de la prueba, ya que, según se desprenden de las sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, se llegaba a establecer una economía de opción negativa que se fundaba en una falsa obligación de los ciudadanos de elegir la opción con mayor coste fiscal. Esta economía de opción negativa se basaba en una presunción *iure et de iure* de fraude, dado que la Administración rechazaba todos los motivos que alegaron los obligados. Esta actuación de la Administración Tributaria que debe ser calificada de abusiva en todos los sentidos, ya que contravenía a la Constitución, la Ley y la propia

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, por lo que fue censurada por los órganos judiciales.

Sin embargo, estos excesos de la Administración tienen como origen el problema que anteriormente hemos explicado: la ambigüedad del concepto de motivos económicos válidos. Lo cierto es que esta ambigüedad ha ido desapareciendo gracias a la aplicación del régimen especial, que con la interpretación jurisprudencial y de la propia Administración tanto en procedimientos de revisión como en consultas vinculantes, han ido definiendo qué son motivos económicos válidos y en qué contextos y cómo pueden alegarse. Es lógico pensar, por tanto, que esta concreción mediante la casuística va a mantenerse, concretando los extremos de este concepto.

Pese a lo expuesto, podemos afirmar que el uso de los motivos económicos válidos como filtro de aplicación ha demostrado una gran efectividad, motivo por el que se está ampliando su aplicación a otros ámbitos de las cláusulas antielusión, como es la fiscalidad internacional. Como hemos podido ver, la evolución interpretativa de la cláusula antielusión del régimen especial de neutralidad fiscal ha sido de suma importancia para la definición de nuevas cláusulas generales (tanto en su elaboración por el legislador como en su interpretación por el Poder Judicial). Viendo esta evolución, podemos deducir que la dirección marcada por el régimen de neutralidad fiscal será la que siga la Comisión Europea para el desarrollo de las siguientes Acciones del Plan BEPS, así como los diferentes Estados en la modificación de los Convenios de Doble Imposición. En este sentido, volvemos a señalar la vanguardia de los Estados Unidos en el establecimiento de cláusulas generales antielusión en los Convenios de Doble Imposición que se inspiran en los mismos principios generales que la del régimen de neutralidad, una dirección que creemos que van a seguir los diferentes países. Esta interpretación se basa en la ya constatada eficacia de estas cláusulas generales en la norma fiscal, ya que, dado que las operaciones empresariales están desarrollando una gran complejidad, es imposible crear cláusulas específicas que afecten a cada operación, siendo más útil la aplicación de cláusulas generales.

Podemos concluir, por tanto, que la cláusula antielusión del régimen especial de neutralidad fiscal ha mostrado, gracias a su dilatada aplicación, el camino a seguir por

las nuevas reformas normativas que busquen luchar contra el fraude y la evasión fiscal. Los motivos económicos válidos han demostrado ser una herramienta útil para este cometido, dada su flexibilidad, siendo natural su incorporación en otras cláusulas antielusión. Sin embargo, consecuencia de ello, sí que es verdad que en los inicios de su aplicación puede generar cierta inseguridad jurídica (dado su indefinición), que irá desapareciendo con la aplicación continuada. Es decir, su principal fortaleza (es una herramienta flexible que permite su aplicación en operaciones muy diferentes) es también su debilidad (su ambigüedad dificulta su aplicación en los inicios).

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS Y MONOGRAFÍAS

Banacloche Pérez, J (2013) «Tributación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles» en Tirant lo Blanch (ed.) Garrido de Palma, V., Anson Peironcely, R. y Banacloche Pérez, J «*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*». Valencia.

Borrás Malbar, F. y Navarro Alcázar, J.V. (2019). *Impuesto sobre sociedades (2). Regímenes especiales* (9ª. edición). Ediciones CEF.

Calderón Carrero J. y Ruiz Almendral, V (2010). *La codificación de la «doctrina de la sustancia económica» en EEUU como nuevo modelo de norma general antiabuso: la tendencia hacia el «sustancialismo»*. Quincena fiscal nº 15-16.

Calvo Vérguez, J (2013). *La aplicación del régimen fiscal especial de fusiones y escisiones en el IS tratándose de operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal. La existencia de motivos económicos válidos*. Actum Fiscal nº 81 (noviembre 2013) , Ediciones Francis Lefebvre.

Delgado Pacheco, A. (2002) *Las medidas antielusión en los convenios de doble imposición y en la fiscalidad internacional*. Documentos - Instituto de Estudios Fiscales, Nº. 15, 2002.

Delgado Pacheco, A. (2017) *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea* (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid.

EY Abogados (2015) *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica*. Fundación Impuestos y Competitividad.

Falcón y Tella, R. (1995). *El fraude a la Ley Tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción*. Revista Técnica Tributaria, Asociación Española de Asesores Fiscales.

Ferreiro Lapatza, J. (2001). *Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal*. Revista técnica tributaria, Asociación Española de Asesores Fiscales.

Fundación Impuestos y Competitividad (2016). *Directiva ATAD (“Anti Tax Avoidance Directive”)*. Especial referencia a la medida relativa a la imposición de salida y a la norma general contra las prácticas abusivas. Estudio de la fundación.

García-Olías Jiménez, C. (2018). *La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 49-2018, págs 47-70.

García-Torres Fernández. MJ. (2019) “*Motivos económicos válidos*” como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades. Quincena fiscal N° 17, págs. 19-58. Ed. Thomson Reuters Aranzadi.

Lefebvre F (coord) (2020) *Memento Práctico Procedimientos Tributarios 2020-2021. Capítulo III*. Ed. Francis Lefebvre.

Marín Benítez, G. (2009) *La relevancia jurídica de la motivación fiscal. Influencia del “Business purpose” en el orden tributario español*. Madrid, Ed. Dykinson.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIA

Consultas de la Dirección General de Tributos

Consulta Vinculante n° V0056-01, de 28 de junio.

Consulta Vinculante n° V0066-01, de 27 de julio.

Consulta Vinculante n° V0014-02, de 21 de mayo.

Consulta Vinculante n° V0030-08 de 9 de enero.

Consulta Vinculante n° V0403-09, de 26 de febrero.

Consulta Vinculante n° V2277-15, de 20 de julio.

Consulta Vinculante n° V2887-15, de 6 de octubre.

Consulta Vinculante n° V1328-16, de 31 de marzo.

Consulta Vinculante n° V0932-16, de 23 de junio.

Consulta Vinculante n° V4440-16, de 17 de octubre.

Consulta General n° G0922-17, de 30 de abril.

Consulta Vinculante n° V1678-18, de 13 de junio.

Consulta Vinculante n° V1834-18, de 22 de junio.

Consulta Vinculante n° V2225-18, de 25 de julio.

Consulta Vinculante n° V2253-18, de 26 de julio.

Consulta Vinculante n° V2404-18, de 6 de septiembre.

Consulta Vinculante n° V1340-19, de 10 de junio.

Consulta Vinculante n° V0084-20, de 17 de enero.

Tribunal Económico-Administrativo Central

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central nº 1016/2003, de 16 de marzo de 2006.

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central nº 397/2016, de 8 de octubre de 2019.

Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 320/2007 y Roj 899/2011).

Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2011, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1110/2008 y Roj 1081/2011).

Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2011, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 344/2008 y Roj 4373/2011).

Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2018, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 52/2016 y Roj 2098/2018).

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2002, de la Sala de lo Contencioso (Nº de Recurso 9712/1997 y Roj 7259/2002).

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3300/2004 y Roj 3345/2010).

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2011, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 2218/2011 y Roj 3184/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 7012/2009 y Roj 3270/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 4299/2010 y Roj 7264/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo nº 796/2012, de 3 de enero de 2013, de la Sala de lo Civil (Nº de recurso 1573/2010 y Roj 433/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo 15 de abril de 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3010/2011 y Roj 1974/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1668/2011 y Roj 2588/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 2218/2011 y Roj 3184/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 2577/2011 y Roj 325/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 724/2013 y Roj 789/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 4072/2013 y Roj 876/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1872/2013 y Roj 4904/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo nº 1218/2016, de 30 de mayo, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1776/2015 y Roj 2383/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo nº 1263/2016, de 1 de junio, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3047/2014 y Roj 2445/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo nº 2225/2016, de 13 de octubre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1419/2015 y Roj 4512/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo nº 2508/2016, de 23 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3742/2015 y Roj 5177/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo nº 1427/2018 de 26 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 3572/2015 y Roj 3329/2018).

Auto del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 5443/2018 y Roj 12842/2018).

Tribunal de Justicia de la UE

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 1997. Caso Leur-Bloem, asunto C-28/95.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2006. Caso Schweppes, asunto C-196/04.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011. Caso Foggia, asunto C-126/10.