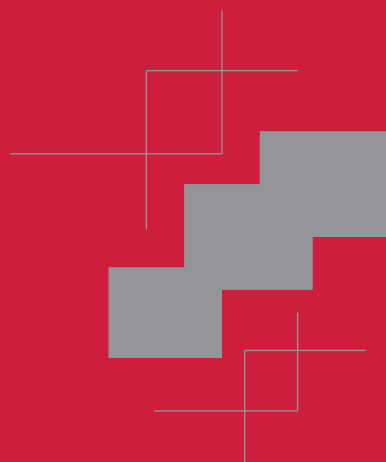




Fundación  
Impuestos y  
Competitividad

---

# ELUSIÓN TRIBUTARIA Y CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO



**ELUSIÓN TRIBUTARIA Y  
CLÁUSULAS ANTIABUSO  
EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

EDITA: **Fundación Impuestos y Competitividad**  
Pº de la Castellana 135, 7ª Planta, 28046 Madrid  
info@fundacionic.com

Edición: **Octubre 2018**

*Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra, sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.*

ISBN: **978-84-09-05265-3**

Depósito Legal: **M-31775-2018**

## **AUTOR**


Florián García Berro  
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Sevilla

El presente documento refleja el resultado de un proyecto promovido dentro de sus objetivos estatutarios por la Fundación Impuestos y Competitividad, que ostenta en exclusiva los derechos legales para su difusión. No obstante la autoría del mismo corresponde a las personas o entidades arriba mencionadas, a las que resultan imputables en exclusiva las opiniones o juicios de valor que el documento incorpora.

El presente documento dispone de una serie de enlaces/vínculos, tanto internos como externos, a las resoluciones judiciales citadas en el texto e incluidas en el apartado “ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES” (página 31).


Mediante un [click](#) en el título de la resolución se accede al contenido de la sentencia/auto en la página web del CENDOJ:

#### ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES

STS de 30 de mayo de 2011 (Recurso 1061/2007): **II.1.1**  
STS de 26 de enero de 2012 (Recurso 2812/2008): IV.1.1  
STS de 2 de febrero de 2012 (Recurso 430/2008): **III.1.1**  
STS de 7 de febrero de 2012 (Recurso 4259/2009): **V.1.12**  
STS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 2536/2007): III.1.7, III.1.11, **III.1.12**,  
V.1.4, V.1.7 

Mediante un [click](#) en el numeral que acompaña al título de la resolución se accede al contenido del texto del libro en el que se comenta dicha resolución:

#### ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES

STS de 30 de mayo de 2011 (Recurso 1061/2007): **II.1.1**  
STS de 26 de enero de 2012 (Recurso 2812/2008): IV.1.1  
STS de 2 de febrero de 2012 (Recurso 430/2008): **III.1.1**  
STS de 7 de febrero de 2012 (Recurso 4259/2009): **V.1.12**  
STS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 2536/2007): III.1.7, III.1.11, **III.1.12**,  
V.1.4, V.1.7 

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	11
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	12

## **PRIMERA PARTE ANÁLISIS EMPÍRICO**

<b>JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CONDUCTAS DE ELUSIÓN TRIBUTARIA EN MATERIA DE IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA, (2012-2017)</b> .....	15
Presentación .....	19
Índice sistemático .....	21
Índice cronológico.....	31
<b>I. PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN</b> .....	37
I.1. Criterio general.....	37
I.2. La facultad de calificación prevista en el art. 13 LGT corresponde a la Administración.....	53
<b>II. CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA</b> .....	55
II.1. La regulación vigente del conflicto en la aplicación de la norma como producto evolutivo de la práctica administrativa y jurisprudencial.....	55
<b>III. FRAUDE DE LEY (ART. 24 LGT 1963)</b> .....	58
III.1. Delimitación de negocios y operaciones realizadas en fraude de ley. Doctrina general.....	58

III.2.	Delimitación de negocios y operaciones realizadas en fraude de ley. Supuestos específicos de compra de participaciones sociales de empresas del grupo mediante endeudamiento y generación de gastos financieros (1) .....	86
III.3.	Delimitación de negocios y operaciones realizadas en fraude de ley. Supuestos específicos de compra de participaciones sociales de empresas del grupo mediante endeudamiento y generación de gastos financieros (2) .....	97
III.4.	Fraude de ley: necesidad de observar un procedimiento especial, sin que puedan aplicarse los efectos de la norma eludida mediante la simple labor de calificación .....	101
III.5.	Fraude de ley, aspectos procedimentales: posibilidad de declararlo en relación con hechos objeto de una comprobación anterior en la que no se apreció su existencia	107
III.6.	Fraude de ley y prescripción .....	108
<b>IV.</b>	<b>NEGOCIO INDIRECTO</b> .....	112
IV.1.	Delimitación de la categoría del negocio indirecto .....	112
IV.2.	Negocio indirecto y simulación: equiparación implícita ...	116
IV.3.	Negocio indirecto: aplicación retroactiva del precepto sobre conflicto en la aplicación de la norma tributaria en cuanto a la exclusión de sanciones .....	120
<b>V.</b>	<b>SIMULACIÓN</b> .....	122
V.1.	Simulación: delimitación del concepto de operaciones y negocios simulados. Doctrina general .....	122
V.2.	La simulación de la causa lleva implícita siempre la circunstancia de ocultación, a efectos de calificar como infracción grave la conducta de los sujetos .....	152
V.3.	Apreciación de las pruebas de la simulación. No revisabilidad en casación (1) .....	155
V.4.	Apreciación de las pruebas de la simulación. No revisabilidad en casación (2) .....	158
<b>VI.</b>	<b>ABUSO DEL DERECHO, FRAUDE O EVASIÓN, MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO (RÉGIMEN ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES SOCIETARIAS)</b> .....	161
VI.1.	La cláusula antiabuso en el régimen especial de reestructuraciones societarias. Doctrina general .....	161

VI.2.	Motivo económico válido: la falta de prueba justifica la aplicación de la cláusula antiabuso y determina la consiguiente exclusión del régimen especial .....	169
VI.3.	Apreciación de una finalidad preponderantemente fiscal (1)	180
VI.4.	Apreciación de una finalidad preponderantemente fiscal (2)	183
VI.5.	El régimen especial no es incompatible con la obtención de una ventaja fiscal .....	185
VI.6.	Aplicación parcial de la cláusula antiabuso .....	186
VI.7.	Motivos económicos válidos: la finalidad de proteger el patrimonio social.....	188
VI.8.	Motivos económicos válidos: simplificación administrativa y reducción de costes de gestión (1) .....	189
VI.9.	Motivos económicos válidos: simplificación administrativa y reducción de costes de gestión (2) .....	192
VI.10.	Motivos económicos válidos: razones de planificación económica y reestructuración del grupo societario .....	194
VI.11.	Cláusula antiabuso y régimen sancionador (1).....	195
VI.12.	Cláusula antiabuso y régimen sancionador (2).....	197
VI.13.	Apreciación de las pruebas del fraude o evasión y del motivo económico válido. No revisabilidad en casación..	203
<b>VII.</b>	<b>ECONOMÍA DE OPCIÓN .....</b>	<b>205</b>
VII.1.	Economía de opción. Delimitación positiva y negativa del concepto.....	205
VII.2.	Economía de opción y régimen especial de reestructuraciones societarias (1) .....	212
VII.3.	Economía de opción y régimen especial de reestructuraciones societarias (2) .....	214
<b>SEGUNDA PARTE</b>		
<b>ANÁLISIS VALORATIVO</b>		
<b>CONSIDERACIONES PREVIAS</b>		
<b>RESULTADOS GENERALES DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.</b>		
<b>CATEGORÍAS DE CONDUCTA: DELIMITACIÓN Y CONSECUENCIAS</b>		
	Planteamiento.....	224
<b>I.</b>	<b>LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS COMO FORMA DE RECONducIR A LA LEGALIDAD SUS CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS.....</b>	<b>225</b>
I.1.	El significado general del acto de calificación.....	225



I.2.	El discutible uso del principio de calificación ante conductas artificiosas.....	229
I.3.	Una derivada inesperada: la reserva en exclusiva de la facultad de calificación a la Administración .....	235
I.4.	Primeras sensaciones ante la jurisprudencia sobre calificación tributaria.....	237
<b>II.</b>	<b>EL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA</b>	<b>238</b>
II.1.	Consideraciones generales sobre el sentido y alcance del art. 15 LGT y su recepción (escasa) en la jurisprudencia	238
II.2.	El conflicto en la aplicación de la norma como figura más amplia que el fraude a la ley: inclusión de los negocios indirectos.....	240
II.3.	Soluciones contradictorias ante la confluencia del conflicto y la simulación de la causa en la jurisprudencia reciente .	242
<b>III.</b>	<b>FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA</b> .....	<b>246</b>
III.1.	El fraude a la ley tributaria como precedente del conflicto en la aplicación de la norma .....	246
III.2.	El concepto de fraude a la ley y la trascendencia de su apreciación.....	247
III.3.	Precisiones sobre la delimitación del fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia .....	250
III.4.	El caso particular de la adquisición de empresas del grupo mediante financiación de terceros .....	263
<b>IV.</b>	<b>EL NEGOCIO INDIRECTO</b> .....	<b>273</b>
IV.1.	Un apunte de carácter general sobre la noción de negocio indirecto y su tratamiento conforme a la vigente LGT .....	273
IV.2.	Algunos ejemplos de negocio indirecto en la jurisprudencia	277
IV.3.	La aplicación retroactiva del art. 15 LGT a los negocios indirectos: exclusión de efectos sancionadores.....	280
<b>V.</b>	<b>LA SIMULACIÓN TRIBUTARIA EN LA JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>281</b>
V.1.	Generalidades sobre el concepto de simulación en el ámbito tributario.....	281
V.2.	Formulación jurisprudencial de los perfiles de la simulación tributaria.....	286

V.3.	El supuesto carácter automático de las sanciones en caso de simulación .....	304
V.4.	Posibles supuestos de simulación <i>clásica</i> en materia tributaria	309
<b>VI.</b>	<b>LA PRESENCIA DE <i>FRAUDE O EVASIÓN</i> COMO CIRCUNSTANCIA EXCLUYENTE DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: LA <i>AUSENCIA DE MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS</i>.....</b>	<b>312</b>
VI.1.	Doctrina general: la conciliación de las diferencias de redacción entre la LIS y la Directiva UE .....	312
VI.2.	El significado de la expresión <i>fraude o evasión</i> y su vinculación a la ausencia de <i>motivos económicos válidos</i>	315
VI.3.	Posibilidad de sancionar las actuaciones constitutivas de <i>fraude o evasión</i> .....	240
<b>VII.</b>	<b>LA OPCIÓN LEGÍTIMA POR LA ALTERNATIVA FISCALMENTE MÁS FAVORABLE (<i>ECONOMÍAS DE OPCIÓN</i>).....</b>	<b>333</b>
	<b>RECAPITULACIÓN: BREVE CATÁLOGO DE OPERACIONES Y PROSPECTIVA DE SU CALIFICACIÓN TRIBUTARIA .....</b>	<b>338</b>
I.	Operativas negociales con sociedades instrumentales .....	339
II.	Transmisión de bienes mediante su colocación previa en sociedades	342
III.	Operaciones societarias diversas para evitar la tributación del reparto de beneficios o de la obtención de plusvalías .	346
IV.	Transmisión de participaciones sociales con carácter previo al reparto de un dividendo.....	348
V.	Endeudamiento de sociedades para la adquisición de otras entidades del grupo .....	350
VI.	Reestructuraciones societarias y cláusula antiabuso.....	353
	<b>EL NUEVO RÉGIMEN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y EL REFORZAMIENTO DEL PAPEL DE LA AUDIENCIA NACIONAL .....</b>	<b>356</b>
I.	La influencia del nuevo régimen de la casación en el desarrollo de la jurisprudencia sobre conductas elusivas ..	356
II.	Líneas de doctrina de la Audiencia Nacional desde el inicio del nuevo régimen.....	359

<b>APUNTES FINALES .....</b>	<b>364</b>
------------------------------	------------

**TERCERA PARTE**

<b>RESUMEN EJECUTIVO.....</b>	<b>367</b>
-------------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>381</b>
---------------------------	------------

## **ABREVIATURAS**

**ATS:** Auto del Tribunal Supremo

**CC:** Código Civil

**CDI:** Convenio de Doble Imposición

**CE:** Constitución Española de 1978

**IRPF:** Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

**IRNR:** Impuesto sobre la Renta de No Residentes

**IS:** Impuesto sobre Sociedades

**IVA:** Impuesto sobre el Valor Añadido

**LGT:** Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

**LGT/1963:** Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria

**LJCA:** Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

**SAN:** Sentencia de la Audiencia Nacional

**STJUE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo

## **INTRODUCCIÓN**

### **JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO. SU ELABORACIÓN Y RESULTADO**

En la introducción a este trabajo, que sale hoy a la luz, es bueno recordar que por definición estatutaria la Fundación Impuestos y Competitividad está comprometida con la investigación en materia de tributación, con la finalidad última de mejorar el sistema fiscal español y los procesos o procedimientos de aplicación de los tributos. Asumiendo por tanto, con claridad, la idea de que el sistema fiscal español que se pretende investigar y mejorar, no se identifica en exclusiva como el conjunto de las normas que integran el ordenamiento tributario, sino que incluye desde luego también la práctica de aplicación de las distintas figuras que componen el mismo, práctica en la que asumen protagonismo fundamental tanto la Administración Tributaria como los Tribunales de Justicia.

Por otro lado, en la declaración programática efectuada en marzo de 2014- durante la preparación de la Reforma Tributaria aprobada en 2014 y 2015- al considerar que la seguridad jurídica es pieza clave para la mejora del sistema, entre las propuestas concretas para cumplir ese objetivo, se especificaban junto a otras, las de:

- aumentar la seguridad jurídica y reducir la litigiosidad,
- reducir la incertidumbre existente en relación con la interpretación de las normas tributarias,
- minimizar la inseguridad y coste para los contribuyentes derivados de la multiplicidad de administraciones, normas e interpretaciones.

Desde esa perspectiva general es fácil justificar el interés de la Fundación Impuestos y Competitividad en seguir, con sumo interés, los pronunciamientos de nuestros tribunales y, de modo particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en ámbitos de aplicación de las normas tributarias que propician una amplitud de posiciones interpretativas, y por ende una potencial ambigüedad en las actuaciones y criterios de la Administración Tributaria, que luego han de ser sometidas al control de legalidad por los Tribunales.

Ese enfoque ha llevado, de manera natural, a estimar de enorme interés para la Fundación y para los distintos interlocutores sociales implicados en la aplicación de nuestro sistema tributario el estudio que ahora se presenta,

que aborda una exégesis en profundidad de los recientes fallos dictados por el Tribunal Supremo en aquellos supuestos en que constituye argumento esencial de las liquidaciones efectuadas por la Administración Tributaria objeto de impugnación y origen del litigio, la existencia de una conducta del contribuyente tendente a la minoración de la carga fiscal, al ahorro fiscal; siendo esa intención y no el quebrantamiento flagrante de la norma tributaria, en su literalidad, elemento esencial de la regularización efectuada.

Aptitud ésa, de “elusión fiscal” buscada por el contribuyente—usamos esa expresión conforme al título dado al trabajo y al uso que de ella se hace en el mismo— que en la amplitud de posibles soluciones que comentábamos, puede ser conceptuada de maneras diversas y con consecuencias jurídicas claramente dispares; siendo fundamental para la certeza del contribuyente—para la seguridad jurídica del sistema— constatar en qué medida esa disparidad de resultados finales, de fallos jurisdiccionales distintos, está avalado por criterios homogéneos de tipificación y entendimiento de las distintas instituciones que ofrece nuestro ordenamiento tributario como base sobre la que el aplicador de la norma enjuicia la conducta del contribuyente, y su grado de adecuación a la finalidad última de la misma.

Justificado de ese modo el interés de la materia investigada, en coherencia con los fines de la actividad fundacional y las prioridades públicamente marcadas por ésta en sus años de actividad, parece oportuno explicar la fórmula de gestación del estudio. El cual ha tenido dos fases diferenciadas de conceptualización y ejecución.

En primer lugar, y por encargo del Patronato de la Fundación, el Catedrático D. Florián García Berro estableció el “campo de estudio”, con la recopilación minuciosa de aquellas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en el periodo habido entre enero de 2012 y marzo de 2017; y la consiguiente exposición ordenada de los distintos fallos, ordenados cronológicamente y también sistemáticamente, perfilando en esta segunda tarea de catalogación hasta *“siete grandes epígrafes, alusivos a las principales categorías de conductas relacionadas con la elusión que han sido objeto de caracterización por dicha jurisprudencia”*— en palabras del autor-, según el siguiente detalle:

- principio de calificación,
- conflicto en la aplicación de la norma tributaria,
- fraude de ley,

- negocio indirecto,
- simulación,
- abuso del derecho, fraude o evasión, motivo económico válido (régimen especial de reestructuraciones societarias),
- economía de opción.

Entregando en junio de 2017 esa recopilación ordenada de las Sentencias, tanto el interés de las distintas sentencias recopiladas como la atractiva y solvente “ordenación” de los argumentos esgrimidos en ellas convenció al Patronato de la Fundación de la conveniencia de profundizar en esa relectura e instar al autor a completar su trabajo “empírico” con otro de valoración en profundidad de la Jurisprudencia identificada.

Ese segundo esfuerzo se remató unos meses después, en mayo del presente ejercicio de 2018, con el añadido posterior -en junio- de un informe ejecutivo del mismo.

Esas son las piezas que componen este trabajo, auspiciado por la Fundación Impuestos y Competitividad y de la exclusiva autoría del profesor D. Florián García Berro, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla. Las cuales unidas en este libro que ahora se presenta, ofrecen un valioso trabajo de análisis de la Jurisprudencia tributaria de los últimos años y una interpretación sin duda solvente, que podrá compartirse o no pero es sin duda un esfuerzo notable y de mérito por poner orden y clarificar conceptos en el aluvión de distintas Sentencias que la aplicación del sistema tributario arroja. Acompañado todo ello de una clara interpelación al Tribunal Supremo para que, pese a la dificultad del empeño, no renuncie a un deslinde entre las distintas categorías tributarias mencionadas que la seguridad jurídica constitucionalmente garantizada exige. Y parece que el Alto Tribunal ha asumido el reto, como se desprende, por ejemplo, de los recientes Autos de admisión de recursos de casación de 16 de mayo y 12 de junio de 2018, recursos nº 1429 y 1433/2018, respectivamente, donde afirma: “Es indudable que los artículos 13 «Calificación», 15 «Conflicto» y 16 «Simulación» LGT establecen cláusulas generales "antiabuso" enderezadas al logro de la correcta aplicación de las normas tributarias cuando las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes permitan advertir su inadecuada aplicación por los obligados tributarios, pero también lo es que tienen un distinto significado y alcance. No son en su configura-

ción legal ni, por ende, pueden ser en su interpretación y aplicación intercambiables, por más que sea innegable la dificultad que entraña delimitar los precisos contornos de cada una de ellas.”

En definitiva, importancia para el académico estudioso del sistema, pero asimismo para el profesional del asesoramiento o los contribuyentes, sujetos pasivos de la imposición directa a la que está referido este estudio; y ojala que también para la Administración Tributaria y los Tribunales, a los que como interlocutores esenciales en la aplicación del sistema tributario se desearía hacer llegar este estudio y sus conclusiones. Fruto de una reflexión y análisis crítico que tan difícil es de efectuar, cuando la presión del día a día dificulta los espacios para la labor de introspección y revisión crítica que el mismo exige.

*Fundación Impuestos y Competitividad*





# **PRIMERA PARTE**

**JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO SOBRE CONDUCTAS DE ELUSIÓN  
TRIBUTARIA EN MATERIA DE IMPOSICIÓN SOBRE LA  
RENTA (2012-2017)**



## PRESENTACIÓN

El presente documento ofrece una completa guía de la jurisprudencia emanada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Jurisdicción Contencioso-Administrativa), durante los últimos cinco años, en materia de conductas elusivas de la tributación, con referencia a la imposición sobre la renta (Impuesto sobre Sociedades, IRPF e IRNR).

A tal efecto se ha efectuado un análisis exhaustivo de toda la producción jurisprudencial en la citada materia y ámbito jurisdiccional, sistematizando los pronunciamientos más significativos en función de la líneas de doctrina expresadas por el Alto Tribunal. La ordenación del contenido se ha llevado a cabo mediante la división en siete grandes epígrafes, alusivos a las principales categorías de conductas relacionadas con la elusión que han sido objeto de caracterización por dicha jurisprudencia. En un segundo nivel, dentro de cada categoría se han distinguido apartados, con objeto de agrupar las referencias ofrecidas en torno a subepígrafes expresivos de los principales aspectos, de carácter general o más específicos, sobre los que el Tribunal ha ido construyendo su doctrina en relación con cada categoría. Finalmente, en un tercer nivel se ha rotulado de manera breve y concisa la temática específica de las sentencias seleccionadas dentro de cada aspecto, sobre las que se ofrece una breve ficha (descripción del caso, calificación del supuesto por los órganos de la Administración tributaria y sentido de la decisión del Tribunal), seguida de la transcripción literal de sus pasajes más relevantes relativos al aspecto referido. Al final de la ficha, si la doctrina en cuestión se ha reiterado en otras resoluciones, se señalan algunas de las más significativas (mencionando el Fundamento de Derecho correspondiente), con indicación de la aludida circunstancia, y lo mismo en relación con aquellas resoluciones que expresan un criterio divergente.

Para facilitar la consulta, además del índice sistemático, en el que se recogen los distintos apartados y niveles en que se estructura el documento, se ha elaborado un índice cronológico de resoluciones citadas, con indicación del número de apartado o epígrafe en el que figura su referencia. Cuando una resolución se ha seleccionado a efectos de ofrecer su ficha, esta circunstancia se expresa enfatizando con negrita la numeración. Si la referencia a una resolución se ha incluido dentro de la ficha correspondiente a otra por contener un criterio discrepante, el número de la ficha para esa resolución se señala en cursiva.

El propósito, en suma, de este esfuerzo sistematizador, es proporcionar un instrumento de fácil manejo cuya función es servir de apoyo en la labor de estudio y análisis de la extensa jurisprudencia existente en el ámbito de las conductas elusivas del tributo, permitiendo la localización de los pronunciamientos más significativos (con orientación sobre su contenido) en relación con cada aspecto de tan compleja cuestión.

Florián García Berro  
Sevilla, 12 de junio de 2017

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

### I. PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN

#### *1.1. Criterio general:*

- 1.1.1. Cantidades satisfechas por un club de fútbol a sus jugadores, en concepto de contraprestación por los derechos federativos, con interposición de una entidad no residente (IRPF)
- 1.1.2. Cantidades satisfechas a sociedad cesionaria de derechos de imagen, en razón de contratos de explotación de la imagen que exigen la realización de prestaciones personales por parte del futbolista (IRPF)
- 1.1.3. Donación de acciones pignoradas en garantía de un préstamo, con asunción de la deuda por parte del donatario (IRPF)
- 1.1.4. Ampliación de capital suscrita íntegramente por el socio persona física. Posterior reducción y ampliación simultánea de capital, y venta de la totalidad de las acciones (IRPF)
- 1.1.5. Aportación realizada por el socio único de una entidad con la supuesta finalidad de reintegrar pérdidas y restablecer el equilibrio patrimonial de la participada (IS)
- 1.1.6. Enajenación de acciones y reinversión del importe obtenido en una participación en sociedad *holding* cuyo único activo son acciones de la misma entidad (IS)
- 1.1.7. Sociedad constituye sociedad unipersonal y aporta todo el patrimonio empresarial, quedándose dos fincas rústicas (IS)
- 1.1.8. Entidad residente adquiere derechos de usufructo de títulos de deuda pública de la República de Brasil, en fecha próxima al vencimiento del cupón (IS)
- 1.1.9. Entidad residente adquiere a un no residente acciones por un precio que incorpora el importe de un dividendo acordado pendiente de pago. Posterior recompra de las acciones por el no residente (IS)

#### *1.2. La facultad de calificación prevista en el art. 13 LGT corresponde a la Administración:*

- I.2.1. Ampliación de capital, con suscripción por los socios de un numeroso paquete de acciones a bajo precio (en lugar de un menor número de títulos a precio más elevado) y transmisión posterior de todo el paquete (IRPF)

## **II. CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA**

*II.1. La regulación vigente del conflicto en la aplicación de la norma como producto evolutivo de la práctica administrativa y jurisprudencial:*

- II.1.1. Caracterización de figuras antielusivas: evolución de la normativa, y de la práctica administrativa y jurisprudencial, en relación con las conductas de elusión tributaria, como precedentes que explican la vigente regulación

## **III. FRAUDE DE LEY (ART. 24 LGT 1963)**

*III.1. Delimitación de negocios y operaciones realizadas en fraude de ley. Doctrina general:*

- III.1.1. Reducción/ampliación de capital y venta de derechos de suscripción (IRPF)
- III.1.2. Ampliación de capital con cargo a reservas e inmediata reducción de capital en la misma cifra con devolución de aportaciones a los socios (IRPF)
- III.1.3. Transmisión de una participación social, previa al reparto de dividendos, a una sociedad constituida *ex professo* (IRPF/IS)
- III.1.4. Concatenación de operaciones de compraventa de acciones, y transmisión posterior a un no residente de la sociedad resultante, participada al 100 por 100 por personas físicas (IRPF/IS)
- III.1.5. Transmisión de inmueble por una sociedad a otra inactiva participada por los mismos socios personas físicas, cuyas participaciones se transmiten luego (IRPF/IS)
- III.1.6. Aportación no dineraria de participación social a una sociedad vinculada (ambas sociedades en régimen de transparencia) y posterior fusión de ambas (IRPF/IS)
- III.1.7. Transmisión por una persona física de la totalidad de participaciones sociales de una sociedad vinculada (trans-

- parente), con posterior venta del activo principal y subsiguiente disolución de la sociedad transparente (IRPF/IS)
- III.1.8. Compra de la totalidad de las participaciones de una sociedad transparente por tres sociedades, una de ellas constituida *ex professo* y sujeta al régimen de transparencia (IS)
- III.1.9. Venta de una acción social a persona física, con la intención de lograr que la entidad participada pase a ser transparente antes de su disolución (IS)
- III.1.10. Sociedad familiar adquiere sociedad transparente y adelanta el cierre de su ejercicio. Posterior donación a la transparente y entrega de dividendo a cuenta (IS)
- III.1.11. Aportación no dineraria de participación social a una sociedad transparente vinculada y posterior venta de la participación aportada (IRPF/IS)
- III.1.12. Aportación no dineraria de acciones de una sociedad a otra sociedad vinculada (en pérdidas), con posterior venta de los títulos (IS)
- III.2. *Delimitación de negocios y operaciones realizadas en fraude de ley. Supuestos específicos de compra de participaciones sociales de empresas del grupo mediante endeudamiento y generación de gastos financieros (1):*
- III.2.1. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera. Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)
- III.2.2. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera. Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)
- III.2.3. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera. Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)
- III.3. *Delimitación de negocios y operaciones realizadas en fraude de ley. Supuestos específicos de compra de participaciones sociales de empresas del grupo mediante endeudamiento y generación de gastos financieros (2):*



- III.3.1. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera. Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)
- III.3.2. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera. Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)
- III.4. *Fraude de ley: necesidad de observar un procedimiento especial, sin que puedan aplicarse los efectos de la norma eludida mediante la simple labor de calificación:*
  - III.4.1. Endeudamiento de una sociedad residente con entidades vinculadas no residentes para la adquisición de un grupo empresarial. Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)
  - III.4.2. Reducción de capital para la constitución de reservas voluntarias y aumento simultáneo con cargo a la reserva de revalorización autorizada por el Real Decreto-ley 7/1996, con posterior reparto de dividendos (IS)
- III.5. *Fraude de ley, aspectos procedimentales: posibilidad de declararlo en relación con hechos objeto de una comprobación anterior en la que no se apreció su existencia:*
  - III.5.1. Declaración de fraude de ley en relación con hechos relevantes para la liquidación ya comprobados en relación con una liquidación anterior
- III.6. *Fraude de ley y prescripción:*
  - III.6.1. Operación en fraude de ley celebrada en un período prescrito, pero que produce efectos en ejercicios no prescritos (IS)

#### **IV. NEGOCIO INDIRECTO**

- IV.1. *Delimitación de la categoría del negocio indirecto:*
  - IV.1.1. Aportación de un derecho de usufructo sobre inmuebles a una sociedad familiar en pérdidas perteneciente a los mismos contribuyentes (IRPF)

IV.1.2. Operación de lease-back con aplicación de la exención por reinversión y nueva amortización de los activos objeto de la operación (IS)

IV.2. *Negocio indirecto y simulación: equiparación implícita*

IV.2.1. Aportación no dineraria de participación social, y venta posterior del resto del capital, con precio aplazado, a sociedad patrimonial, y posterior reparto de dividendo a la transparente (IRPF)

IV.3. *Negocio indirecto: aplicación retroactiva del precepto sobre conflicto en la aplicación de la norma tributaria en cuanto a la exclusión de sanciones*

IV.3.1. Ampliación de capital con venta de derechos de suscripción, y depósito por de un importe equivalente al precio de venta a disposición del comprador (IRPF)

## V. SIMULACIÓN

V.1. *Simulación: delimitación del concepto de operaciones y negocios simulados. Doctrina general:*

V.1.1. Constitución de una sociedad con la supuesta finalidad de concentrar un segmento de la actividad empresarial y aplicación de los beneficios fiscales por reinversión (IS)

V.1.2. Constitución de una sociedad con la supuesta finalidad de concentrar un segmento de la actividad empresarial y aplicación de los beneficios fiscales por reinversión (IS)

V.1.3. Constitución por una persona física de varias sociedades operativas y una de cartera. Concatenación de operaciones societarias y transmisiones posteriores (IRPF)

V.1.4. Aportación no dineraria de acciones de una sociedad a otra vinculada (en régimen de transparencia y controlada por otra no residente vinculada a ambas), con posterior venta de los títulos (IS)

V.1.5. Aportación no dineraria a sociedad controlada por el mismo grupo familiar. Generación artificiosa de pérdidas

V.1.6. Servicios de asesoramiento recibidos por un profesional de una sociedad familiar, cuya contraprestación se deduce como gasto (IRPF/IS)

- V.1.7. Transmisión de acciones de una sociedad transparente tras haberse llegado a un acuerdo sobre el justiprecio de un inmueble de su propiedad, cuya expropiación se va a producir de manera inminente (IS/IRPF)
- V.1.8. Cesión de marcas a sociedad residente en paraíso fiscal, que a su vez cede la licencia a una tercera entidad, residente en los Países Bajos, quien otorga finalmente sublicencia a la titular original en España (IS)
- V.1.9. Uso de sociedad interpuesta, residente en Hungría, como intermediaria en la cesión de uso de bienes realizada por una entidad irlandesa con destino a su filial española y, en última instancia, a clientes establecidos en España (IRNR)
- V.1.10. Endeudamiento de una sociedad para la adquisición de participaciones en otra, con la finalidad encubierta de repartir dividendos y la deducción posterior de los intereses (IS/IRPF)
- V.1.11. Endeudamiento de una sociedad para la adquisición de participaciones en otra, con la finalidad encubierta de repartir dividendos y la deducción posterior de los intereses (IS/IRNR)
- V.1.12. Adquisición e importación de maquinaria a entidades vinculadas y aplicación de la deducción por inversión en activo fijo (IS)
- V.2. *La simulación de la causa lleva implícita siempre la circunstancia de ocultación, a efectos de calificar como infracción grave la conducta de los sujetos*
  - V.2.1. Endeudamiento de una sociedad para la adquisición de participaciones en otra, con la finalidad encubierta de repartir dividendos y la deducción posterior de los intereses (IS/IRPF)
- V.3. *Apreciación de las pruebas de la simulación. No revisabilidad en casación:*
  - V.3.1. Adquisición simultánea de un derecho de superficie y de una opción de compra sobre un terreno. Gastos deducibles por inversión en inmovilizado inmaterial (IS)

V.4. *Apreciación de las pruebas de la simulación.  
No revisabilidad en casación:*

V.4.1. Aplicación del régimen de sociedades patrimoniales, después del cese formal de la actividad de promoción y el traspaso de trabajadores a una entidad vinculada (IS)

## **VI. ABUSO DEL DERECHO, FRAUDE O EVASIÓN, MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO (RÉGIMEN ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES SOCIETARIAS)**

VI.1. *La cláusula antiabuso en el régimen especial de reestructuraciones societarias. Doctrina general:*

VI.1.1. Escisión total con adjudicación de terrenos a una de las entidades beneficiarias (cuyos socios son personas físicas) y de participaciones sociales a la otra, con venta posterior de la sociedad beneficiaria del terreno (IS)

VI.1.2. Segregación del patrimonio social ajeno a la actividad de promoción inmobiliaria mediante aportaciones no dinerarias a sociedades de nueva creación, seguidas de escisión parcial (IS)

VI.2. *Motivo económico válido: la falta de prueba justifica la aplicación de la cláusula antiabuso y determina la consiguiente exclusión del régimen especial*

VI.2.1. Escisión total subjetiva, con atribución de bloques patrimoniales a las distintas sociedades beneficiarias de la escisión (IS)

VI.2.2. Escisión total subjetiva, con atribución de bloques patrimoniales a las distintas sociedades beneficiarias de la escisión (IS)

VI.2.3. Escisión parcial, con atribución de bloques patrimoniales a dos sociedades beneficiarias de la escisión, manteniendo la escindida la titularidad de un solar (IS)

VI.2.4. Conjunción de operaciones de fusión y escisión tendentes a la segregación patrimonial y venta posterior de participaciones pactada en acuerdo previo (IRPF/IS)

- VI.2.5. Adquisición de sociedad con pérdidas pendientes de compensación y posterior fusión con entidad perteneciente al mismo socio persona física (IRPF/IS)
- VI.2.6. Transmisión de una sociedad española, perteneciente a un grupo multinacional, a través de una sociedad constituida al efecto y su fusión posterior con aquélla (IS)
- VI.2.7. Aportación no dineraria de participación social para la ampliación de capital de una entidad, con aplicación del régimen especial de reestructuración (IS)
- VI.3. *Apreciación de una finalidad preponderantemente fiscal (1):*
  - VI.3.1. Escisión total, seguida de escisión parcial y operaciones posteriores de fusión, cuyo conjunto determina la atribución de un bloque patrimonial a uno de los socios (IS)
- VI.4. *Apreciación de una finalidad preponderantemente fiscal (2):*
  - VI.4.1. Escisión parcial con aportación de inmuebles a las entidades beneficiarias de la escisión (IS)
- VI.5. *El régimen especial no es incompatible con la obtención de una ventaja fiscal:*
  - VI.5.1. Escisión parcial de una sociedad perteneciente a dos cónyuges y liquidación posterior del patrimonio ganancial atribuyéndose a cada cónyuge una de las dos sociedades resultantes de la escisión (IS)
- VI.6. *Aplicación parcial de la cláusula antiabuso:*
  - VI.6.1. Escisión total, seguida de escisión parcial y operaciones posteriores de fusión, cuyo conjunto determina la atribución de un bloque patrimonial de la entidad original a uno de los socios (IS)
- VI.7. *Motivos económicos válidos. La finalidad de proteger el patrimonio social:*
  - VI.7.1. Aportaciones no dinerarias a sociedades de nueva creación, seguidas de escisión parcial, aislando en la sociedad beneficiaria el patrimonio ajeno a la actividad de promoción (IS)

*VI.8. Motivos económicos válidos. Simplificación administrativa y reducción de costes de gestión (1):*

VI.8.1. Fusión por absorción tras haber adquirido la absorbente la totalidad del capital de la absorbida mediante préstamo obtenido a tal efecto ("fusión apalancada") [IS]

*VI.9. Motivos económicos válidos: simplificación administrativa y reducción de costes de gestión (2):*

VI.9.1. Sociedad titular del 100 por 100 de otras dos entidades acomete la fusión por absorción de ambas, una de las cuales tenía como único activo un inmueble

*VI.10. Motivos económicos válidos: razones de planificación económica y reestructuración del grupo societario:*

VI.10.1. Aportación de participaciones de un grupo a una sociedad de nueva creación, seguida de la fusión por absorción de ésta por la sociedad destinataria última de la aportación (IRPF/IS)

*VI.11. Cláusula antiabuso y régimen sancionador (1):*

VI.11.1. Concatenación de operaciones de escisión, resultando que dos entidades participadas por personas físicas son titulares del 100 por 100 de la cartera de valores de un grupo industrial. Venta posterior de las entidades (IRPF/IS)

*VI.12. Cláusula antiabuso y régimen sancionador (2):*

VI.12.1. Traslado del domicilio social de una entidad al País Vasco y posterior transmisión de sus acciones a otra sociedad domiciliada previamente en el mismo territorio foral. Fusión de ambas previa a la venta de un inmueble (IS)

VI.12.2. Aportación no dineraria de un inmueble junto con deudas no vinculadas a la financiación del mismo (IS)

*VI.13. Apreciación de las pruebas del fraude o evasión y del motivo económico válido. No revisabilidad en casación:*

VI.13.1. Adquisición por una persona física de una sociedad con pérdidas pendientes de compensación y posterior fusión con entidad perteneciente al mismo socio persona física (IRPF/IS)

## VII. ECONOMÍA DE OPCIÓN

### VII.1. *Economía de opción. Delimitación positiva y negativa del concepto:*

- VII.1.1. Transmisión por una persona física de la totalidad de participaciones sociales de una sociedad vinculada (transparente), con posterior venta del activo principal y subsiguiente disolución de la sociedad transparente (IRPF/IS)
- VII.1.2. Aportación no dineraria de participación social a una sociedad transparente vinculada y posterior venta de la participación aportada (IRPF/IS)
- VII.1.3. Transmisión de acciones de una sociedad transparente tras haberse llegado a un acuerdo sobre el justiprecio de un inmueble de su propiedad, cuya expropiación se va a producir de manera inminente (IS/IRPF)
- VII.1.4. Compra de la totalidad de las participaciones de una sociedad transparente por tres sociedades, una de ellas constituida ex professo y sujeta al régimen de transparencia (IS)
- VII.1.5. Sociedad familiar adquiere sociedad transparente y adelanta el cierre de su ejercicio. Posterior donación a la transparente y entrega de dividendo a cuenta (IS)

### VII.2. *Economía de opción y régimen especial de reestructuraciones societarias (1):*

- VII.2.1. Escisión parcial de una sociedad perteneciente a dos cónyuges y liquidación posterior del patrimonio ganancial atribuyéndose a cada cónyuge una de las dos sociedades resultantes de la escisión (IS)

### VII.3. *Economía de opción y régimen especial de reestructuraciones societarias (2):*

- VII.3.1. Escisión total con atribución de bloques patrimoniales a dos sociedades beneficiarias y atribución de las participaciones en éstas a dos grupos de socios diferentes (escisión subjetiva) [IS]

## ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES

- STS de 30 de mayo de 2011 (Recurso 1061/2007): **II.1.1**
- STS de 26 de enero de 2012 (Recurso 2812/2008): **IV.1.1**
- STS de 2 de febrero de 2012 (Recurso 430/2008): **III.1.1**
- STS de 7 de febrero de 2012 (Recurso 4259/2009): **V.1.12**
- STS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 2536/2007): **III.1.7, III.1.11, III.1.12, V.1.4, V.1.7**
- STS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 4612/2008): **IV.1.1**
- STS de 20 de febrero de 2012 (Recurso 6086/2008): **I.1.1, I.1.2**
- STS de 23 de febrero de 2012 (Recurso 821/2008): **III.1.2**
- STS de 8 de marzo de 2012 (Recurso 3777/2008): **VI.1.1, VI.3.1**
- STS de 8 de marzo de 2012 (Recurso 4789/2008): **V.1.5**
- STS de 15 de marzo de 2012 (Recurso 1519/2008): **III.1.2**
- STS de 22 de marzo de 2012 (Recurso 2293/2008): **III.1.7, III.1.11, III.1.12, V.1.4, V.1.7, VII.1.2**
- STS de 22 de marzo de 2012 (Recurso 3786/2008): **V.1.8, V.3.1**
- STS de 28 de marzo de 2012 (Recurso 3797/2008): **V.1.8**
- STS de 10 de abril de 2012 (Recurso 1208/2008): **I.1.3**
- STS de 16 de abril de 2012 (Recurso 6771/2009): **I.1.8**
- STS de 19 de abril de 2012 (Recurso 68/2008): **III.1.6**
- STS de 24 de abril de 2012 (Recurso 159/2008): **I.1.8**
- STS de 24 de abril de 2012 (Recurso 3586/2008): **V.3.1**
- STS de 26 de abril de 2012 (Recurso 126/2009): **VI.3.1**
- STS de 26 de abril de 2012 (Recurso 140/2008): **I.1.4**
- STS de 26 de abril de 2012 (Recurso 252/2008): **V.3.1**
- STS de 3 de mayo de 2012 (Recurso 73/2008): **III.1.7, III.1.11, III.1.12, V.1.4, V.1.7**
- STS de 14 de mayo de 2012 (Recurso 2144/2010): **VI.4.1**
- STS de 24 de mayo de 2012 (Recurso 2233/2010): **VI.1.1, VI.2.3**
- STS de 25 de mayo de 2012 (Recurso 3944/2009): **VI.1.1, VI.2.7**
- STS de 31 de mayo de 2012 (Recurso 5798/2008): **V.1.12**
- STS de 7 de junio de 2012 (Recurso 2660/2009): **VI.1.1, VI.2.5**
- STS de 7 de junio de 2012 (Recurso 3043/2008): **III.5.1**
- STS de 7 de junio de 2012 (Recurso 3959/2009): **I.1.9**
- STS de 14 de junio de 2012 (Recurso 5043/2009): **III.1.1**
- STS de 14 de junio de 2012 (Recurso 6218/2009): **III.1.1**
- STS de 14 de junio de 2012 (Recurso 6386/2009): **III.1.1**



STS de 14 de junio de 2012 (Recurso 2413/2010): III.1.1  
STS de 18 de junio de 2012 (Recurso 4397/2009): **I.1.5, IV.1.2**  
STS de 18 de junio de 2012 (Recurso 5352/2009): VI.4.1  
STS de 23 de junio de 2012 (Recurso 3281/2009): VI.1.1, **VI.2.5, VI.13.1**  
STS de 3 de julio de 2012 (Recurso 3703/2009): **VI.11.1**  
STS de 3 de julio de 2012 (Recurso 4851/2009) VI.1.1, VI.2.1  
STS de 12 de julio de 2012 (Recurso 2038/2009): **III.1.3**  
STS de 12 de julio de 2012 (Recurso 2308/2009): VI.1.1  
STS de 13 de septiembre de 2012 (Recurso 2879/2010): VI.1.1, VI.2.1, VI.13.1, **VII.3.1**  
STS de 14 de septiembre de 2012 (Recurso 5080/2009): VI.2.7  
STS de 20 de septiembre de 2012 (Recurso 6231/2009): **III.1.10, VII.1.5**  
STS de 24 de septiembre de 2012 (Recurso 1595/2009): VI.1.1, **VI.2.1**  
STS de 24 de septiembre de 2012 (Recurso 3637/2009): VI.1.1  
STS de 11 de octubre de 2012 (Recurso 3278/2009): I.1.1, **I.1.2**  
STS de 29 de octubre de 2012 (Recurso 3781/2009): *III.1.1*, **V.1.3**  
STS de 12 de noviembre de 2012 (Recurso 4299/2010): VI.1.1, **VI.8.1**, VI.13.1  
STS de 24 de enero de 2013 (Recurso 1847/2010): **VI.1.1**, VI.3.1  
ATS de 24 de enero de 2013 (Recurso 4325/2011): I.1.8  
STS de 14 de febrero de 2013 (Recurso 1543/2012): **IV.3.1**  
STS de 18 de marzo de 2013 (Recurso 392/2011): *III.1.7*, V.1.4, **V.1.7**, V.3.1, **VII.1.3**  
STS de 15 de abril de 2013 (Recurso 3010/2011): VI.1.1, VI.2.1, VI.3.1  
STS de 25 de abril de 2013 (Recurso 5431/2010): VI.1.1  
STS de 20 de mayo de 2013 (Recurso 4274/2011): VI.2.1  
STS de 27 de mayo de 2013 (Recurso 1668/2011): VI.1.1, VI.2.2  
STS de 6 de junio de 2013 (Recurso 2218/2011): VI.13.1  
STS de 28 de junio de 2013 (Recurso 1186/2011): VI.1.1, **VI.2.6**  
STS de 16 de septiembre de 2013 (Recurso 1443/2012): **III.1.5**  
STS de 24 de octubre de 2013 (Recurso 1650/2011): **IV.2.1**, V.3.1  
STS de 25 de octubre de 2013 (Recurso 6281/2011): V.1.12  
STS de 4 de noviembre de 2013 (Recurso 3272/2012): **III.5.1**  
STS de 18 de noviembre de 2013 (Recurso 654/2012): VI.1.1, **VI.3.1**, VI.6.1  
STS de 28 de noviembre de 2013 (Recurso 2581/2011): VI.2.1  
STS de 12 de diciembre de 2013 (Recurso 5463/2011): **VI.9.1**  
STS de 16 de enero de 2014 (Recurso 390/2011): VI.2.5, VI.11.1  
STS de 23 de enero de 2014 (Recurso 3834/2011): VI.2.1, VI.3.1

STS de 30 de enero de 2014 (Recurso 2577/2011): VI.4.1  
STS de 20 de febrero de 2014 (Recurso 4219/2011): VI.1.1, VI.13.1  
STS de 24 de febrero de 2014 (Recurso 724/2013): V.1.1, VI.2.1  
STS de 24 de febrero de 2014 (Recurso 1347/2011): **III.1.6**  
STS de 6 de marzo de 2014 (Recurso 2171/2012): III.5.1  
STS de 10 de marzo de 2014 (Recurso 1265/2011): III.1.6  
STS de 17 de marzo de 2014 (Recurso 1340/2011): III.1.6  
STS de 13 de junio de 2014 (Recurso 848/2012): VI.11.1  
STS de 3 de julio de 2014 (Recurso 1512/2013): **III.4.2**  
STS de 4 de julio de 2014 (Recurso 725/2012): VI.3.1  
STS de 4 de julio de 2014 (Recurso 1285/2012): **III.1.9**  
STS de 4 de julio de 2014 (Recurso 581/2013): *III.6.1*  
STS de 21 de julio de 2014 (Recurso 1871/2013): VI.1.1  
STS de 26 de septiembre de 2014 (Recurso 844/2012): VI.1.1, VI.3.1  
STS de 23 de octubre de 2014 (Recurso 4178/2012): VI.2.5  
STS de 27 de octubre de 2014 (Recurso 4184/2012): VI.1.1  
STS de 26 de enero de 2015 (Recurso 2945/2013): **III.4.1**  
STS de 5 de febrero de 2015 (Recurso 4075/2013): III.2.2, **III.6.1**  
STS de 9 de febrero de 2015 (Recurso 3971/2013): III.2.3  
STS de 12 de febrero de 2015 (Recurso 184/2014): III.2.2, **III.2.3**  
STS de 19 de febrero de 2015 (Recurso 647/2013): VI.1.1, VI.3.1  
STS de 26 de febrero de 2015 (Recurso 4072/2013): **III.3.2**, *V.1.10*  
STS de 4 de marzo de 2015 (Recurso 4061/2012): V.1.9, V.3.1  
STS de 23 de marzo de 2015 (Recurso 682/2014): III.2.2, III.6.1  
STS de 23 de abril de 2015 (Recurso 3946/2012): VI.2.3  
STS de 21 de mayo de 2015 (Recurso 1197/2013): VI.1.1  
STS de 18 de junio de 2015 (Recurso 1517/2013): **III.1.8**, **VII.1.4**  
STS de 22 de junio de 2015 (Recurso 2496/2014): **V.1.1**, V.1.2  
ATS de 17 de julio de 2015 (Incidente 184/2014): III.2.3  
STS de 14 de octubre de 2015 (Recurso 2796/2013): VI.1.1, VI.2.1, VI.13.1  
STS de 14 de octubre de 2015 (Recurso 3392/2013): VI.1.1, **VI.5.1**, VI.13.1, **VII.2.1**  
STS de 20 de octubre de 2015 (Recurso 883/2014): VI.2.4  
STS de 26 de octubre de 2015 (Recurso 3455/2013): VI.2.5  
STS de 26 de octubre de 2015 (Recurso 3261/2014): III.6.1  
STS de 4 de noviembre de 2015 (Recurso 100/2014): V.1.1, V.1.2  
STS de 5 de noviembre de 2015, (Recurso 774/2014): VI.1.1, VI.2.1  
STS de 6 de noviembre de 2015 (Recurso 777/2014): VI.1.1, VI.2.1

STS de 9 de noviembre de 2015 (Recurso 1866/2013): III.1.5  
STS de 27 de noviembre de 2015 (Recurso 3346/2014): **V.1.9**  
STS de 23 de febrero de 2016 (Recurso 887/2014): VI.1.1, VI.2.1, VI.11.1  
STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3819/2013): III.2.3, V.1.10, V.2.1, V.3.1  
STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3908/2013): III.2.3, V.1.10, V.2.1, V.3.1  
STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 349/2014): V.1.5, V.1.10, V.3.1  
STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 948/2014): III.2.3, V.1.10, V.2.1, V.3.1  
STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3976/2014): III.2.3, V.1.10, **V.1.11**, V.3.1  
STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4044/2014): III.2.3, IV.2.1, **V.1.10**, **V.2.1**, V.3.1  
STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4134/2014): III.2.3, V.1.10, V.2.1, V.3.1  
STS de 7 de marzo de 2016 (Recurso 1414/2014): VI.2.4  
STS de 9 de marzo de 2016 (Recurso 891/2014): **VI.2.4**  
STS de 16 de marzo de 2016 (Recurso 3162/2014): III.2.2, III.2.3, III.6.1  
STS de 17 de marzo de 2016 (Recurso 2581/2014): VI.2.1  
STS de 14 de abril de 2016 (Recurso 3153/2014): V.1.5, **V.1.6**  
STS de 11 de mayo de 2016 (Recurso 2157/2014): VI.2.4  
STS de 19 de mayo de 2016 (Recurso 3585/2014): III.6.1  
STS de 19 de mayo de 2016 (Recurso 68/2015): VI.2.4  
STS de 20 de mayo de 2016 (Recurso 2945/2014): **III.3.1**, V.1.10  
STS de 23 de mayo de 2016 (Recurso 992/2014): **III.1.4**,  
STS de 23 de mayo de 2016 (Recurso 4133/2014): **VI.12.2**  
STS de 26 de mayo de 2016 (Recurso 60/2015): **I.2.1**  
STS de 30 de mayo de 2016 (Recurso 1776/2015): VI.2.1  
STS de 1 de junio de 2016 (Recurso 3047/2014): **VI.10.1**  
STS de 22 de junio de 2016 (Recurso 3176/2014): V.1.1, **V.1.2**, V.1.4  
STS de 22 de junio de 2016 (Recurso 2218/2015): **III.1.7**, III.1.11, III.1.12, V.1.7, **VII.1.1**  
STS de 19 de julio de 2016 (Recurso 2553/2015): **III.2.2**, III.2.3, III.4.1  
STS de 13 de octubre de 2016 (Recurso 1408/2015): VI.2.1, VI.3.1  
STS de 13 de octubre de 2016 (Recurso 1419/2015): VI.2.1, VI.3.1  
STS de 23 de noviembre de 2016 (Recurso 3742/2015): VI.1.1, **VI.1.2**, VI.2.2, **VI.7.1**  
STS de 13 de diciembre de 2016 (Recurso 2211/2015): V.2.1, **VI.12.1**

- STS de 14 de diciembre de 2016 (Recurso 3942/2015): **I.1.6**  
STS de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 2804/2015): **VI.2.3**  
STS de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 3421/2015): **III.2.1, III.2.2**  
STS de 31 de enero de 2017 (Recurso 3565/2015): VI.12.1  
STS de 15 de febrero de 2017 (Recurso 260/2016): **I.1.7**  
STS de 1 de marzo de 2017 (Recurso 533/2016): **V.4.1**  
STS de 21 marzo de 2017 (Recurso 351/2016): VI.1.1, VI.2.1



## I. PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN

### I.1. CRITERIO GENERAL:

**La calificación** implica la determinación del sentido y alcance de las operaciones realizadas, fijando sus consecuencias tributarias para las partes implicadas. A tal efecto, no es preciso tramitar un procedimiento especial (de fraude de ley o de conflicto en la aplicación de la norma), el cual sólo es exigible cuando se han utilizado por el contribuyente formas jurídicas artificiosas con la finalidad de eludir la tributación.

*I.1.1. Cantidades satisfechas por un club de fútbol a sus jugadores, en concepto de contraprestación por los derechos federativos, con interposición de una entidad no residente (IRPF)*

STS de 20 de febrero de 2012 (Recurso 6086/2008)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Un club de fútbol satisface cantidades en concepto de adquisición de derechos federativos de sus futbolistas. Las perceptoras directas de estos pagos son entidades residentes en el extranjero, en su condición de (pretendidas) titulares de los citados derechos en virtud de la cesión recibida de los jugadores afectados. Éstos perciben las cantidades estipuladas, que les son satisfechas por las propias entidades cesionarias.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

Las cantidades percibidas por los futbolistas constituyen rendimientos del trabajo derivados de la relación laboral que mantienen con el club de fútbol. Las entidades no residentes actúan como simples mediadoras en el pago.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la calificación de los importes satisfechos como rendimientos del trabajo sujetos al IRPF de sus perceptores, negando que a tal efecto fuera exigible la tramitación de un procedimiento declarativo específico de fraude de ley:

*«Bajo el régimen jurídico que nos ocupa el artículo 24.2 de la Ley 230/1963, en su último párrafo establecía que "[el] fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado". Sin embargo, no es menos cierto que la Administración tributaria no calificó, en ningún momento, el entramado jurídico como un supuesto de fraude a la ley tributaria (...).*

*Sólo es necesario acudir al previo procedimiento separado en los casos en que considere que el negocio o los negocios jurídicos se realizaron en fraude a la ley, no cuando se limita a la recalificación jurídica de la operación. En el caso analizado, no se trataba de poner de manifiesto la existencia de una fórmula comercial que, amparada en un precepto legal, se hubiera llevado a cabo para eludir o minorar la tributación efectiva. No fue preciso, por ello, fijar la norma eludida ni la aplicable al caso concreto; la Administración se limitó a fijar el sentido y el alcance de las operaciones, y con ello sus consecuencias tributarias para las partes implicadas.*

*Y en esa tesitura, nada impedía a la Administración tributaria recabar durante el procedimiento de aplicación de los tributos el auxilio de dictámenes o informes, como el que utilizó, emitido por una instancia tan autorizada como la Abogacía del Estado» (Fundamento de Derecho 3º).*

## OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 11 de octubre de 2012 (Recurso 3278/2009, Fundamento de Derecho 2º).

### *1.1.2. Cantidades satisfechas a sociedad cesionaria de derechos de imagen, en razón de contratos de explotación de la imagen que exigen la realización de prestaciones personales por parte del futbolista (IRPF)*

STS de 11 de octubre de 2012 (Recurso 3278/2009)

## BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Distintas entidades cesionarias de los derechos de imagen de un futbolista suscriben con firmas comerciales contratos para la explotación de la imagen que incorporan prestaciones personales por parte del futbolista, como el asesoramiento, la intervención en actos públicos de las firmas, la interpretación en spots publicitarios, etc.

## CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración entiende que los contratos exigen una actividad significativa del deportista, que en ningún caso puede considerarse meramente accesoria a la cesión de los derechos de imagen, por lo que se considera que las cantidades satisfechas retribuyen dicha actividad y constituyen rendimientos profesionales a efectos del IRPF.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo avala el criterio administrativo, al considerar que la solución aplicada deriva de una correcta labor de calificación del negocio jurídico llevado a cabo, calificación que resulta además inamovible en casación, pues no concurre ninguna de las circunstancias que podrían justificar su anulación (como podría ser el carácter ilógico, contradictorio o vulnerador de algún precepto legal, de la calificación efectuada):

*«[N]ingún reparo jurídico cabe realizar para que la Sala de instancia legítimamente concluyera que en realidad a través de la relación contractual entre las empresas, se estaba retribuyendo determinadas prestaciones del jugador que excedían de la explotación del derecho de imagen, girando unas cantidades que, dado que estaban retribuyendo dichas actividades perfectamente descritas, quedaban sometidas al impuesto sobre la renta de las personas físicas como rendimientos por actividades profesionales.*

*Siendo ello así, ninguna relevancia tenía definir el mecanismo tributario, puesto que el núcleo de la cuestión quedó centrado en la calificación jurídica que se otorgó a los negocios jurídicos celebrados entre las sociedades, y definida la calificación que a la Audiencia Nacional, antes al TEAC, merecían los contratos, los rendimientos derivados sólo cabían imputarlos al jugador en su integridad, ante la inexistencia de dato alguno que procurase distinción alguna para excluir parcialmente de dichos rendimientos los que no cabían imputar al jugador en la realización de las actividades profesionales descritas.*

*En definitiva, se trata de evitar los artificios contractuales con el fin de difuminar la relación personal del sujeto pasivo con el hecho imponible y con ella eludir la carga tributaria, por lo que ante dichos artificios se impone la obligación de tributar por las actividades efectivamente realizadas.*

*(...) La calificación de las operaciones analizadas y la consecuencia que con las mismas se pretendía retribuir determinadas actividades del jugador recurrente, que ha realizado la Sala de instancia, es además inamovible puesto que no cabe desconocer la reiterada jurisprudencia de la Sala 1ª de lo Civil de este Tribunal Supremo según la cual la interpretación dada por la Sala sentenciadora de instancia debe prevalecer sobre la particular e interesada del recurrente, a menos que se acredite ser ilógica, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal, pues constituye facultad privativa de la misma (...).*

*Y de lo dicho queda patente que en modo alguno puede tacharse la lectura del conjunto negocial, interpretación y calificación que hace la Sala de instancia de arbitraria» (Fundamento de Derecho 2º).*



#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 20 de febrero de 2012 (Recurso 6086/2008, Fundamento de Derecho 3º).

#### *1.1.3. Donación de acciones pignoradas en garantía de un préstamo, con asunción de la deuda por parte del donatario (IRPF)*

STS de 10 de abril de 2012 (Recurso 1208/2008)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Un matrimonio dona a dos de sus hijos un paquete de acciones que, previamente, habían sido pignoradas en garantía de un préstamo con una entidad bancaria. Los donantes califican la operación como negocio a título lucrativo, aplicando a la ganancia patrimonial derivada de la donación la limitación del tipo de gravamen máximo del IRPF entonces vigente.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración, por vía de calificación, considera que la operación constituye un negocio mixto, oneroso por el tramo de valor de las acciones correspondiente a la deuda asumida por los donatarios, y lucrativo por la parte correspondiente al exceso de valor sobre dicho importe.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda el criterio de la Administración:

*«Sentada la naturaleza que presentan las **donaciones onerosas**, procede cuestionarse la **solución tributaria respecto al gravamen de las mismas por el impuesto de las rentas de las personas físicas**.*

*La doctrina jurisprudencial, antes reseñada, permite sentar que en estos casos nos encontramos ante un negocio jurídico complejo, pues en esta clase de donaciones el ánimo de liberalidad no afecta a todo el importe donado, por lo que difícilmente se puede afirmar el carácter de donación auténtica, ni tampoco el carácter exclusivo de negocio oneroso.*

*Estamos ante un acto mixto, siendo de aplicación el artículo 622 del Código Civil (por las reglas de los contratos) hasta la concurrencia del gravamen y las reglas de la donación en cuanto al exceso de liberalidad. Por tanto, el desdoblamiento del artículo 622 se debe aplicar siempre que se pueda fijar y valorar la parte onerosa y la lucrativa, y que es lo que nos permite que a un mismo incremento de patrimonio se le aplique simultáneamente las reglas del incremento patrimonial oneroso y del incremento lucrativo.*

*En efecto, en el caso litigioso, la operación realizada llevaba aparejada la liberación de la deuda pignoraticia que el hoy recurrente tenía contraída con una entidad de crédito, lo que implicaba un incremento de su patrimonio en un importe igual al de la deuda pignoraticia de la que se liberaba, y además, realizaba una donación en cuanto al exceso.*

*Nos encontramos, pues, con un negocio jurídico que produce efectos diversos, lucrativos y onerosos, los primeros en cuanto al exceso de valor de lo donado sobre la deuda asumida y los segundos por la parte concurrente, porque con la transmisión de las acciones el donante se liberaba de su deuda. Resulta, por tanto, evidente que en este caso la donación tenía un elemento oneroso, por la transmisión de la deuda al donatario, así como otro lucrativo» (Fundamento de Derecho 6º.5).*

*«Por consiguiente, el criterio procedente es, partiendo del artículo 25 LGT/1963 considerar que un negocio es oneroso en la medida que resulten prestaciones equivalentes para ambas partes y lucrativo cuando, respondiendo a la mera liberalidad del donante, la ventaja o utilidad que resulta para el donatario no tiene contraprestación de éste. Y no se comparte la tesis de la recurrente de que, desde la perspectiva del Derecho tributario, no puedan admitirse efectos mixtos, onerosos y lucrativos, de un determinado negocio cuando unos y otros respondan a su verdadera naturaleza jurídica o económica.*

*En el presente caso, en la donación onerosa que se contempla, aun prescindiendo de su consideración como elemento de un negocio jurídico complejo e indirecto con causa distinta a la de la mera liberalidad, y partiendo del criterio de la Administración que resulta obligado cuando se revisa jurisdiccionalmente su actuación, resultaría jurídicamente erróneo considerar como realmente donado el valor íntegro de las acciones sin tener en cuenta el importe de la deuda asumida. Ello supondría ignorar, precisamente, lo que de oneroso tenía ya el negocio jurídico en sí mismo considerado.*

*Por consiguiente, el incremento patrimonial de que se trata se puso de manifiesto con motivo de una transmisión mixta que fue a la vez lucrativa, en cuanto al exceso, y onerosa en cuanto a la concurrencia de prestaciones derivada de la asunción de la deuda. Y si ésta era la verdadera naturaleza jurídica y económica lo procedente, conforme al mencionado artículo 25 LGT/1963, entonces vigente, era la liquidación separada del incremento patrimonial en los términos en que entendió la Administración; esto es: oneroso por la diferencia entre el valor de la contraprestación asumida por el donatario y el coste de adquisición de los títulos y lucrativo por la diferencia entre el valor de los títulos y el valor del préstamo asumido al 20%)» (Fundamento de Derecho 7º.2).*

#### *1.1.4. Ampliación de capital suscrita íntegramente por el socio persona física. Posterior reducción y ampliación simultánea de capital, y venta de la totalidad de las acciones (IRPF)*

STS de 26 de abril de 2012 (Recurso 140/2008)

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una persona física suscribe por un importe de 360.000 euros la totalidad de la ampliación de capital de una sociedad (el otro socio de la misma es una entidad que renuncia a sus derechos de suscripción, quedando en una posición minoritaria testimonial). Para justificar esta ampliación se aduce la necesidad de restablecer el equilibrio patrimonial, pues como elemento principal del balance social figura una deuda por algo más de 360.000 euros (siendo irrelevante el valor de los activos). A consecuencia de esta ampliación, el capital queda fijado en 420.000 euros. Unos meses más tarde se

acometen dos operaciones simultáneas de reducción y ampliación del capital (supuestamente para adecuar su cifra al patrimonio neto social), quedando éste fijado de manera definitiva en 60.000 euros (coincidente con la cifra inicial antes de la primera ampliación). Se da la circunstancia de que la deuda contabilizada en el pasivo de la sociedad correspondía a un crédito declarado fallido hacía tiempo por la entidad financiera acreedora y que, tras varias cesiones, había sido adquirido por precio simbólico (0,60 euros) por un hijo de la persona física titular de la sociedad. Finalmente, la persona física transmite la totalidad de la participación social al hijo, generando de este modo una pérdida patrimonial superior a 358.000 euros a efectos de su IRPF, que compensó en su declaración para evitar la tributación de ciertos incrementos patrimoniales obtenidos el mismo año.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT considera que la ampliación de capital que dio lugar a la aportación del socio por importe de 360.000 euros carecía de justificación, al estar basada en un desequilibrio patrimonial inexistente, derivado de unos datos contables ficticios, pues la deuda que figuraba en el pasivo correspondía a un crédito que el propio acreedor había considerado fallido y dado de baja en su balance. En consecuencia, se acude al principio de calificación para entender inexistente la pérdida patrimonial derivada de la transmisión de las acciones, sin necesidad de tramitar procedimiento de fraude de ley.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Administración, declarando que lo que ésta llevó a cabo fue una auténtica calificación de los hechos, mediante la valoración de la validez y eficacia de las actuaciones llevadas a cabo por los sujetos, de acuerdo con su naturaleza jurídica, prescindiendo de la apariencia o denominación utilizadas a tal efecto:

*«2. La cuestión de fondo que en este motivo se plantea consiste en determinar si resulta ajustada a Derecho la liquidación practicada en cuanto no admitió la disminución de patrimonio declarada por la reducción de capital y venta de acciones de la entidad (...) S.A.*

*La procedencia de admitir la pérdida o disminución patrimonial declarada por los recurrentes de 58.638.999 ptas. [358.900 euros] por la enajenación en diciembre de 1991 de las acciones de (...) SA fue denegada por la Inspección y confirmada por la Sala de instancia que llegó a la convicción de que las aportaciones de capital a la sociedad no estaban justificadas y tuvieron como principal objetivo imputar a los recurrentes pérdidas patrimoniales que se pudieran compensar con las plusvalías obtenidas de otros activos procedentes de la unidad familiar.*

*Nos encontramos ante un exclusivo problema de calificaciones jurídicas de la norma tributaria tal como aparece previsto en el artículo 28.2 de la LGT [1963] aplicable al caso.*

*Por consiguiente, calificado el negocio jurídico realizado conforme a su verdadera naturaleza jurídica, no cabe hacer tacha alguna de invalidez de la actuación desarrollada por la Inspección de los Tributos, y confirmada por la sentencia recurrida, toda vez que no era necesario el recurso al fraude de ley ( art. 24 LGT [1963]) ni puede hablarse de negocio simulado (art. 25 idem).*

*La apreciación de la existencia de fraude de ley corresponde a la Administración tributaria en el ejercicio de la función calificadoradora a que hacía referencia el artículo 28.2 de la LGT/1963.*

*El fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, ya que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento para desplegar efectos jurídicos. Si bien se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una norma legal dictada con una finalidad distinta (norma de cobertura) que pueden producir un resultado equivalente al del hecho o negocio constitutivo del hecho imponible, sin estar aquellos directamente gravados o gravados en menor medida. Si bien, no es absolutamente preciso que exista dicha norma de cobertura, ya que también es posible apreciar un fraude de ley intrínseco que se produce cuando el contribuyente se ampara en la letra de la ley para incumplir su finalidad.*

*La simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia del acto o del negocio jurídico. La simulación conlleva la ocultación de la realidad, un engaño que por su propia naturaleza ha de ser intencionado y que merece el consecuente reproche, administrativo o penal, cuando se ha realizado con la finalidad de evitar o disminuir el pago del impuesto. Se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico norma otro propósito negocial, ya sea éste contrario a la existencia misma del negocio (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa).*

*La Administración, el TEAR de Andalucía, el TEAC y la Sala de instancia ha llevado a cabo una operación de calificación jurídica de los negocios jurídicos en presencia, partiendo de su validez y eficacia, a los efectos de determinar su trascendencia fiscal, de conformidad con lo que, en orden a la determinación del hecho imponible y de su alcance, establece el artículo 28.2 de la LGT, que apodera a la Administración para que valore y califique jurídicamente una relación jurídica dada, al margen de su apariencia o denominación. La Administración tributaria, en el acto que confirma la sentencia recurrida, no considera ni declara que se trate de una actuación en fraude de ley amparada impropriadamente por una norma de cobertura sino que simple y sencillamente determina el régimen tributario aplicable conforme a una calificación de los negocios jurídicos realizados que se lleva a cabo "con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la ley, cualquiera que sea la denominación o forma que los interesados le hayan dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez" (art. 28.2 LGT [1963]).*

*Se trata de confirmar una mera y simple calificación jurídica de unas operaciones o negocios, realizada sencillamente conforme a los criterios ordinarios de la interpretación jurídica -singularmente el criterio teleológico- sin que, por tanto, en manera alguna resultara exigible ningún procedimiento especial ni declaración singular sobre el fraude de ley, que no es el verdadero fundamento del acto administrativo inicialmente recurrido ni la "ratio decidendi" de la sentencia de instancia que se impugna.*

*Por consiguiente, en modo alguno puede apreciarse infracción de procedimiento causante de indefensión, ni por la omisión de un expediente o declaración especial que no era exigible porque no se trataba de apreciar un fraude de ley, ni por la sustanciación del procedimiento efectivamente desarrollado que se adecuó a las exigencias legales.*

*El tradicionalmente conocido como "principio de calificación", surgido en los impuestos de tráfico, impone, tal como señala la mejor doctrina, que el aplicador de la ley haya de calificar en toda ocasión el acto o negocio, "de acuerdo con su verdadera naturaleza jurídica, atendiendo a su contenido y a sus prestaciones y efectos jurídicos, sin tener que atenerse a la forma o denominación dadas por las partes, con el fin de comprobar si se ha dado realmente la operación contemplada por la norma tributaria".*

*Por ello, efectivamente, y en contra de lo que sostiene la parte recurrente, la calificación de una determinada operación puede ser llevada a cabo por la Administración, así como por la sentencia que se dicte con posterioridad, en su caso, no sólo en los supuestos de simulación ( artículo 25 de la Ley General Tributaria [1963]) y fraude de la Ley ( artículo 24 de la Ley General Tributaria [1963]), sino además cuando no responda a la verdadera naturaleza de las prestaciones ( artículo 28.2 de la Ley General Tributaria [1963]), tal como ocurre con los negocios indirectos, en los que la forma de los negocios jurídicos es una mera formalidad externa al servicio de la real finalidad pretendida por las partes» (Fundamento de Derecho 6º.2).*

#### *1.1.5. Aportación realizada por el socio único de una entidad con la supuesta finalidad de reintegrar pérdidas y restablecer el equilibrio patrimonial de la participada (IS)*

STS de 18 de junio de 2012 (Recurso 4397/2009)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad, participada por otra entidad como socio único, acuerda una ampliación de capital o, alternativamente (si dicha ampliación no llega a suscribirse antes de determinada fecha), la aportación de fondos por parte de los socios para compensar pérdidas acumuladas. Llegada la fecha prevista sin haberse suscrito la ampliación de capital, el único socio efectúa una aportación con la finalidad declarada de reintegrar el patrimonio y compensar las pérdidas existentes en el balance de la participada. La calificación contable de la operación implica la consideración de las cantidades aportadas como mayor valor de la cartera de la aportante y como mayor valor del patrimonio de la participada. Sin embargo, con posterioridad la participada no llega a cancelar con cargo a dichos fondos las pérdidas que figuraban en el activo de su balance, y en un momento posterior dichos fondos son objeto de devolución a la dominante.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección calificó el supuesto como operación de préstamo, atendiendo al desarrollo de los acontecimientos posteriores a la operación de aportación que supuestamente se había orientado al reintegro patrimonial de la entidad participada.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Se respalda el criterio administrativo, considerando que la calificación administrativa es correcta de acuerdo con el art. 23 LGT 1963, y que así se vio corroborado por la realidad puesta de manifiesto en ejercicios posteriores al momento de la operación:

*«De entrada, se ha de dejar constancia de que nadie discute, tampoco el Tribunal Económico-Administrativo Central, la licitud de la aportación de los socios para compensar pérdidas, evitando así la reducción de capital, al menos desde el punto de vista de la legislación mercantil. En principio, la decisión tomada por la junta general de accionistas -celebrada el 27 de noviembre de 1992 y que ya hemos descrito en párrafos anteriores- obedecía a la situación patrimonial y contable de la entidad participada que no ha sido puesta en tela de juicio.*

*(...) Hasta aquí el proceso seguido fue acorde con la legalidad mercantil y las necesidades de la participada, sin embargo, determinadas circunstancias concurrentes, tanto cuando se tomó la decisión en la junta de accionistas de 27 de diciembre de 1992, como tras el posterior devenir de los acontecimientos, ponen de manifiesto la irregularidad de la operación diseñada.*

*La sola apariencia de legalidad mercantil no puede hacernos perder de vista las circunstancias objetivas que se daban entre la sociedad dominante y dominada. La decisión tomada por los accionistas de 31 de diciembre de 1992, fiel a la legalidad mercantil, no deja de presentar rasgos que evidencian su auténtico designio. La disyuntiva que se planteó no era real, o al menos, la recurrente, socio único de la participada, no ha explicado los motivos o razones que le impidieron acudir a la suscripción de la ampliación acordada.*

*No estamos ante varios "accionistas" que tengan que decidir si acuden o no a la ampliación de capital propuesta, con la dificultad adicional que conlleva aunar un conjunto dispar de voluntades. Como decimos, (...) [sociedad dominante] S.A., era el único accionista de (...) [sociedad participada], S.A., por lo que resulta inverosímil la opción propuesta de suscribir o no a la ampliación de capital. La decisión estaba tomada, a falta de otras razones que no sean las meramente formales, por lo que la opción por el reintegro patrimonial, si bien es lícita y viable desde la óptica mercantil, en realidad encubre un flujo de patrimonio que fue correctamente calificado por la Inspección como un préstamo a la participada. La calificación e interpretación llevada a cabo por la Administración tributaria, amparada por el artículo 23 de la Ley General Tributaria de 1963, se ve corroborada por los acontecimientos de los ejercicios sucesivos y sobre todo por la provisionalidad con la que se reflejó contablemente en los sucesivos balances, figurando como resultado pendiente de aplicación.*

*La efectiva activación de la cantidad recibida como reintegro patrimonial posiblemente hubiera dado lugar a un diferente tratamiento fiscal, sin embargo tal extremo jamás se produjo» (Fundamento de Derecho 8º).*

### *1.1.6. Enajenación de acciones y reinversión del importe obtenido en una participación en sociedad holding cuyo único activo son acciones de la misma entidad (IS)*

STS de 14 de diciembre de 2016 (Recurso 3942/2015)



### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Un sujeto pasivo del IS transmite sus acciones en el capital de una compañía, reinvertiendo el importe obtenido en la adquisición de una participación del 100 por 100 en el capital de otra entidad, residente en el extranjero. Se da la circunstancia de que el único activo de esta última está constituido por acciones de la misma compañía a la que pertenecían los valores enajenados. Aplicación por el sujeto pasivo de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en el IS.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración consideró que la inversión del precio de venta de los valores tuvo por objeto materialmente la adquisición de los mismos valores enajenados, si bien de manera indirecta, mediante la compra de una sociedad cuyo patrimonio estaba constituido por dichos valores. En consecuencia se estimó que no había existido reinversión, puesto que ésta se produjo en relación con los mismos valores previamente enajenados. Se rechaza la deducción aplicada por este concepto y se aprecia infracción tributaria, imponiéndose la sanción correspondiente.

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda el criterio de la Administración en cuanto a la improcedencia de la deducción, afirmando además que tal solución deriva del ejercicio de la correcta calificación de la realidad sujeta a gravamen, y no de la apreciación de formas artificiosas, por lo que no era preciso proceder conforme a lo previsto para el "conflicto en la aplicación de la norma". Sin embargo, se anula la sanción impuesta, por falta de motivación (que no podía ser suplida por la sentencia de instancia), teniendo en cuenta que la resolución sancionadora se basaba exclusivamente en la condición subjetiva del contribuyente (que por ser empresario tenía un acceso adecuado al conocimiento de la norma) y en no considerarse razonable la interpretación de la norma mantenida por éste:

*«[L]o que se viene a considerar por la Sala de instancia es que, como exige la regulación para la deducción por reinversión, es necesario la realidad de la misma, sin que sea suficiente una inversión ficticia o aparente. Lo cual resulta insoslayable por exigirlo la propia naturaleza y finalidad de esta deducción, si la finalidad de la misma es facilitar la renovación de los activos de las empresas, abaratando su coste fiscal, esta no puede realizarse sino se produce la efectiva y real reinversión demandada por razones económicas, ello es lo que le dota de contenido estando ínsito en la misma, los meros desplazamientos patrimoniales innecesarios para cumplir la citada finalidad quedan de todo punto al margen de la deducción que se pretende aplicar, y es esto lo que realmente sucede en el caso, no*

*existe materialmente reinversión alguna, pues si bien se enajenan unas acciones de una empresa y se adquieren valores de una entidad diferente, dado que lo que en definitiva se sustituye es el mismo activo, resulta patente que no existe renovación alguna de activos resultando la reinversión completamente inútil e innecesaria, pues la única diferencia entre lo que se tenía antes y lo que resulta después de la inversión, es que se pasa de poseer una participación directa a una indirecta, sin más, sobre el mismo activo; no hay, pues, renovación alguna sin que se cumpla la finalidad por la que se establece la deducción, que posee un contenido material y no meramente formal, como pretende la parte recurrente, de suerte que sólo respecto de aquellas reinversiones que se realizan para dicha finalidad son sobre las únicas que caben analizar si cumple los requisitos formales» (Fundamento de Derecho 4º).*

*«[L]a parte demandante recurrente (...) insiste en que se ha llevado a cabo una aplicación material del conflicto en la aplicación de la norma tributaria aunque prescindiendo del procedimiento establecido, siendo procedente en los casos en los que se carece de motivación económica válida y se persiga en exclusividad minorar artificiosamente la carga fiscal debe regularizarse la situación tributaria sin imposición de sanción.*

*Enlazando la denuncia que efectúa la parte recurrente en su oposición a la sanción impuesta, con lo referido en el motivo anterior, en tanto que afirma que materialmente se ha definido un conflicto en la aplicación de la norma tributaria, lo que exigía seguir el procedimiento previsto al efecto, art. 15 de la LGT, hemos de convenir que en modo alguno puede prosperar esta alegación, pues nos encontramos ante una calificación de la operación llevada a cabo, en el legítimo ejercicio de las facultades que se le concede al Inspector actuante y ratificado por la Administración Tributaria que en absoluto identifica que estemos en presencia de un conflicto en la aplicación de la norma, de ahí que no pueda exigirse que se siga expediente al efecto, en tanto que, lo cierto, es que se ha procedido a la regularización y a considerar que la operación ha supuesto un ilícito tributario susceptible de sanción, habiéndose seguido el procedimiento a propósito.*

*(...) El acuerdo en el apartado correspondiente a la culpabilidad, recuerda los términos del art. 183 de la LGT, y contiene una primera afirmación, «En el presente caso se aprecia el necesario elemento subjetivo, en cuanto que el sujeto pasivo debía conocer la normativa aplicable y el alcance de sus obligaciones fiscales. Este conocimiento se deduce de su condición de empresario...», apoyándose en sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1956, 12 de marzo de 1975, 22 de abril de 1992 y 30 de noviembre de 1981 y 8 de mayo de 1987. Pues bien, no cabe aceptar dicho modo de razonar de la Administración sobre la base de una jurisprudencia desfasada y superada, ya que una constante jurisprudencia actual se ha pronunciado en el sentido de que no cabe fundar el dolo o culpa atendiendo a las circunstancias personales del obligado tributario; sin que quepa decidir la concurrencia del elemento subjetivo por la potencial capacidad del obligado tributario para tener o adquirir determinados conocimientos fiscales o de valerse de cualificados asesoramientos fiscales.*

*Trae a continuación el acuerdo sancionador la doctrina que rechaza la responsabilidad objetiva y la necesidad de que concurre el elemento subjetivo para la imposición de sanción, (...) abundando sobre la improcedencia de aplicar la deducción al resultar incompatible también la deducción por doble imposición, para terminar en el sentido de que «no cabe justificar la actuación del sujeto pasivo dentro de una interpretación razonable de la norma, ya que esta no presenta oscuridad alguna que ampare la aplicación del beneficio de reinversión en casos en que efectivamente no ha existido reinversión. Demuestra, en cambio, una actitud negligente el declarar un beneficio fiscal a sabiendas de que no tenía derecho al mismo». Al respecto existe una constante jurisprudencia que se decanta por entender que no puede considerarse probada la existencia de culpabilidad por el mero hecho*



*no haber existido una interpretación razonable de la norma, y no es suficiente para fundamentar la sanción, porque el principio de presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 CE. no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión (...).*

*(...) En definitiva, el acuerdo sancionador considera culpable a la recurrente por su condición subjetiva y por no justificarse la conducta del sujeto pasivo en una interpretación razonable de la norma. Lo cual nos lleva a aceptar la denuncia que realiza la parte recurrente en tanto que no existe en el acuerdo sancionador un juicio razonable de culpabilidad, la Administración no ha probado ni motivado suficientemente la culpabilidad» (Fundamento de Derecho 5º).*

### *1.1.7. Sociedad constituye sociedad unipersonal y aporta todo el patrimonio empresarial, quedándose dos fincas rústicas (IS)*

STS de 15 de febrero de 2017 (Recurso 260/2016)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad A, dedicada al desarrollo de actividades agrícolas, firma un contrato privado de venta de dos fincas de su propiedad. A continuación, antes de formalizar la venta en escritura pública, constituye, como socia única, una sociedad B unipersonal, de la que se nombra a sí misma como administradora, y a la que aporta la totalidad de sus activos empresariales, salvo las dos fincas citadas, que son arrendadas a la nueva entidad. Unas semanas más tarde, se formaliza en escritura pública la transmisión de las dos fincas a un tercero, aplicando para la tributación de la plusvalía obtenida el régimen previsto para las sociedades patrimoniales, que implica su integración en la base imponible especial y su gravamen al tipo reducido del 15 por 100.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración tributaria considera que no resultaba aplicable el régimen de las sociedades patrimoniales, por lo que liquida las rentas obtenidas por la transmisión de las fincas al tipo general del impuesto. Como razonamiento a tal efecto se señala que, de la sucesión de hechos producidos, se desprendía que la sociedad transmitente no había dejado de desarrollar una actividad económica por el mero hecho de trasladar sus activos empresariales a la entidad de nueva creación, por lo que no reunía los requisitos para someterse al régimen de las sociedades patrimoniales. A tal efecto se tuvo en cuenta que, aunque la actividad empresarial y todos los elementos afectos a la misma se transmitieron a la sociedad de nueva creación, el poder de decisión siguió correspondiendo a la misma entidad, y que se siguió desarro-

lizando la misma actividad empresarial, en las mismas fincas y con los mismos medios materiales y humanos.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Administración y considera que, en atención a las circunstancias que rodean el supuesto, la entidad transmitente de los inmuebles había seguido desarrollando una actividad económica. Dicha conclusión se alcanza, a juicio del Tribunal, sin necesidad de calificar de artificiosas las actuaciones jurídicas de los sujetos, siendo suficiente a tal efecto su calificación jurídica, por lo que no era necesario tramitar un procedimiento específico de conflicto en la aplicación de la norma tributaria:

*«Doctrinalmente se suele referir el concepto de actividad económica a la que consiste en la producción y distribución de bienes y servicios en el mercado, y lo hace mediante la ordenación y dirección de los diferentes factores (esto es, los medios personales y económicos) que resultan precisos para dicha producción y distribución. Una ordenación, debe añadirse, que se traduce, en la inclusión de todos esos factores en un mismo marco organizativo y en su sumisión a un único poder de dirección.*

*Y ha de decirse que el concepto anterior viene a ser coincidente con el que se contenía en el artículo 25.1 del TR/LIPRF 2004 y se contiene en la LIRPF 35/2006 [ Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios].*

*Con ese punto de partida, y tomando en consideración los hechos no discutidos de que (...) [sociedad B] SL es una sociedad unipersonal, su capital social está suscrito en su totalidad por (...) [sociedad A] SL y esta última es, así mismo, la administradora única de la primera, necesariamente tiene que considerarse acertada la conclusión de que (...) [sociedad A] SL ha venido desarrollando la misma actividad económica que (...) [sociedad B] SL; y así ha sido porque ostenta la titularidad de todos sus elementos y es quien directamente ha ejercido el poder de dirección y organización que ha ordenado todos esos elementos.*

*Todo lo cual determina que no puedan ser compartidos los reproches e infracciones que se invocan en estos motivos de casación primero y segundo.*

*Los del primero porque, siendo de apreciar por lo dicho la existencia de actividad económica en (...) [sociedad A] SL, falta en ella la exigencia de que su activo no esté afecto a actividades económicas; y las del segundo porque la sentencia recurrida no ignora o desprecia los hechos que quedaron documentados en las actas de inspección, pues lo que hace es servirse de ellos y, con base en los mismos, apreciar que la actividad efectivamente desarrollada por (...) [sociedad A] SL es coincidente con ese concepto doctrinal y legal de actividad económica que ha quedado apuntado» (Fundamento de Derecho 5º).*

*«Debe fracasar también [el motivo de casación cuarto] porque la tributación aquí combatida a que es sometida (...) [sociedad A] SL no es el resultado de invalidar determinados negocios o figuras jurídicas, como son los de fundación social o los contratos*

*formalmente realizados entre ella y (...) [sociedad B] SL; pues de lo que deriva la liquidación impugnada es de apreciar en la primera, en razón de sus titularidades y su poder de dirección y organización inherente al nombramiento de administradora única, la condición de agente efectivo de la actividad económica desarrollada por la segunda» (Fundamento de Derecho 7º).*

*1.1.8. Entidad residente adquiere derechos de usufructo de títulos de deuda pública de la República de Brasil, en fecha próxima al vencimiento del cupón (IS)*

STS de 24 de abril de 2012 (Recurso 159/2008)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Un sujeto pasivo del IS adquiere derechos de usufructo sobre títulos de deuda pública emitidos por la República de Brasil. La adquisición se efectúa en fecha próxima al vencimiento del cupón, y los derechos de usufructo se amortizan una vez cobrados los intereses, generándose de ese modo una pérdida, y aplicándose además en la declaración del IS un ajuste negativo en razón de la exención prevista para los intereses en el Convenio de Doble Imposición hispano-brasileño.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La Inspección estima que las cantidades percibidas por el titular del derecho de usufructo tienen una naturaleza diversa de los intereses que pudiera percibir directamente el titular de los títulos, por lo que no resulta aplicable a las mismas la exención prevista en el Convenio. A tal efecto, no se considera preciso tramitar un procedimiento específico para declarar la existencia de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma, pues tal consecuencia tributaria se corresponde con el resultado de la calificación jurídica de la realidad objeto de gravamen.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo respalda la calificación administrativa y rechaza asimismo que fuera necesario a tal efecto seguir un procedimiento específico para declarar el fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria:

*«Los motivos deben desestimarse en aplicación de la doctrina totalmente consolidada de esta misma Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de la que son buena muestra las sentencias de 1 de marzo de 2010 (casación 9645/04 , FJ 6º); 16 de noviembre de 2009 (casación 3862/07, FJ 3 º) y 20 de octubre de 2008 (casación 2825/06, FFJJ 5º a 7º), en las que se expresó:*

"(...) Sobre las indicadas premisas, adquiere relevancia el análisis de la realidad económica que efectúa la Administración cuando advierte que las operaciones contempladas tenían una rentabilidad negativa conocida antes de formalizarla con la entidad intermediaria y "nadie acepta razonablemente incurrir voluntariamente en unas pérdidas que [se] sabe va a ser el resultado necesario de la operación, si no se obtiene algo a cambio, que es lo que realmente pretende y le interesa que es un beneficio fiscal.

(...) En un plano estrictamente jurídico, nos llevan a rechazar la pretensión de la recurrente las siguientes argumentaciones:

a) Los intereses pueden tener la consideración de frutos civiles, pero no puede compararse con la entidad recurrente que el negocio jurídico examinado tenga como verdadera causa la constitución de un pretendido usufructo cuando el plazo de duración y el vencimiento de los intereses son de las características contempladas y resumidas en el anterior fundamento jurídico.

b) Los intereses a los que se refiere el artículo 11.4.b) del CDI con Brasil, atendido a su finalidad, son los que retribuyen la cesión de capital instrumentada, fundamentalmente, a través del contrato de préstamo que comporta la obligación de devolver el capital prestado, además de satisfacer los correspondientes intereses pactados. Dicho préstamo se instrumenta en obligaciones, como es el caso de la deuda pública, que confieren al obligacionista la condición de prestamista y la posibilidad de subrogar a otro en su posición mediante la transmisión del valor que incorpora la obligación. Pero la transmisión del derecho a percibir el cupón de forma independiente a la obligación, reteniendo la condición de prestatario, no transfiere para el cobro de los intereses por el nuevo adquirente del cupón el tratamiento fiscal que resulta de la norma del Convenio que se analiza, sino que los rendimientos que genera son susceptibles de integrarse en la base imponible del impuesto que grava la renta de dicho adquirente.

Dicho en otros términos, el obligacionista que transmite el cupón para el exclusivo cobro de unos determinados intereses devengados no convierte al cesionario en prestamista de la sociedad deudora ni puede exigir el reembolso del capital, produciéndose una diferenciación que explica en el presente caso la inaplicación del artículo 11.4.b) CDI con Brasil porque, además de la anomalía referida del negocio jurídico examinado, el adquirente sólo adquiere un derecho segregado del título originario que no comprende el tratamiento fiscal que corresponde al que con la cesión de capital se convirtió en obligación del Estado brasileño"» (Fundamento de Derecho 4º).

#### OTRAS RESOLUCIONES EN EL MISMO SENTIDO:

ATS de 24 de enero de 2013 (Recurso 4325/2011), STS de 16 de abril de 2012 (Recurso 6771/2009, Fundamento de Derecho 3º).

*1.1.9. Entidad residente adquiere a un no residente acciones por un precio que incorpora el importe de un dividendo acordado pendiente de pago. Posterior recompra de las acciones por el no residente (IS)*

*STS de 7 de junio de 2012 (Recurso 3959/2009)*

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una entidad compra acciones a un no residente por un precio que in-

cluye el importe de los dividendos ya devengados. La entidad adquirente cobra el dividendo y vuelve a vender los mismos títulos al mismo no residente cuatro días más tarde, descontando el precio correspondiente a los dividendos percibidos. En la operación se declara por la entidad residente un dividendo bruto (que no soporta tributación efectiva, al calificarse como menor precio de la compra) y se deducen las retenciones soportadas. El no residente tampoco tributa, entendiéndose que la perceptora del dividendo ha sido la entidad residente.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración consideró que, dado el escaso lapso temporal entre las fechas de ambas operaciones, éstas se efectuaron con un fin distinto del que corresponde al negocio jurídico de compraventa, y con el único propósito de obtener una ventaja a efectos de su tributación, por lo que se procede a regularizar la situación del sujeto residente, estableciendo las consecuencias tributarias propias del negocio jurídico cuyos efectos realmente se lograron (mandato a la entidad residente para el cobro del dividendo por cuenta del no residente), por lo que se rechaza la deducción que la entidad residente había realizado de las retenciones soportadas por la percepción del dividendo.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la solución administrativa y declara que los negocios formalmente realizados, aun siendo legítimos desde el punto de vista jurídico material, encubren una realidad distinta, que es la que ha sido objeto de calificación por los órganos inspectores:

*«La Sala de instancia resolvió la cuestión en los siguientes términos:*

*"(...) ... Se ha de recordar que el dividendo ya estaba acordado a la fecha de la transmisión de las acciones a la Entidad residente. Esto supone que lo que se transmite no son unos títulos con una mera expectativa de obtener beneficios por la vía del dividendo, éste es ya un crédito cierto y definitivo a favor del accionista y plenamente exigible frente a la sociedad. Entender que la renta plasmada en el dividendo no es imputable a la no residente, daría lugar a entender que tal renta jamás tributaría y que tampoco es imputable a la residente por cuanto para ésta tal dividendo no supone un ingreso contable ni fiscal ( art 10.3 de la LIS ) al tratarse de un dividendo ya acordado por la Junta y devengado y, conforme a la Norma de Valoración 8a.1.b) del Plan General de Contabilidad, aprobado por RD 1643/1990 ( RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676 ) , debe registrarse como un menor coste.*

*La explicación razonable que justifica la interposición de la residente para el cobro del dividendo, es la ocultación del verdadero titular de las acciones en el momento del cobro del mismo, con el efecto de evitar la tributación en España por dicho dividendo, obteniendo su importe en virtud de un concepto no sujeto a gravamen en nuestro país y elu-*

*diendo el pago de un impuesto. Esto, sitúa la operación en la órbita del fraude de Ley (art 24 de la Ley General Tributaria , 230/1963, del 28 de diciembre). No obstante, tal figura no procede cuando mediante una adecuada calificación de los hechos e interpretación de la normativa aplicable, se evita la elusión intentada, tal y como recoge la doctrina establecida por el Tribunal Económico-Administrativo Central (RR de 11 de junio de 1999, 10 de septiembre de 1998 y 22 de mayo de 1991) (...).*

*(...) Respecto de los hechos en el desarrollo de las operaciones, no se produce desconformidad alguna, la cuestión litigiosa se centró en la calificación jurídica de las operaciones llevadas a cabo y en la intención fiscal buscada.*

*La sentencia, explícitamente, descarta el alegato de la actora del ejercicio de una opción legítima de las ofrecidas legalmente. La Sala a que no cuestiona la normativa contractual, ni la autonomía de la voluntad, pero si aborda su relevancia fiscal y ello le lleva a las conclusiones recogidas en la sentencia, en la que, sin duda, queda patente, que las operaciones posibles y lícitas bajo los parámetros civiles y mercantiles, ocultan o disfrazan una realidad, no hay real venta de acciones, sino un simple mandato de la entidad no residente a la residente con el fin de cobrar los dividendos de las acciones y con ello eludir las consecuencias fiscales de este real y querido negocio jurídico, y el cumplimiento de las formalidades y la intervención de entidad residente interpuesta, es buscado de propósito para esconder la realidad que se ocultaba bajo dicha apariencia.*

*En definitiva, se llevan a cabo operaciones, que si bien de su legitimidad y adecuación al Derecho privado no cabe cuestionar, para encubrir el fin último, que no es otro que lograr una ventaja fiscal como ha quedado dicho. Sin que quepa hablar de enriquecimiento injusto, en tanto que no se hace más que aplicar las consecuencias fiscales atendiendo al verdadero negocio realizado» (Fundamento de Derecho 7º).*

## **I.2. LA FACULTAD DE CALIFICACIÓN PREVISTA EN EL ART. 13 LGT CORRESPONDE A LA ADMINISTRACIÓN:**

**La facultad de calificación** prevista en el art. 13 LGT **corresponde a la Administración**, no pudiendo ser invocada por el contribuyente *a posteriori* para modificar a su conveniencia las consecuencias tributarias de sus actos.

*1.2.1. Ampliación de capital, con suscripción por los socios de un numeroso paquete de acciones a bajo precio (en lugar de un menor número de títulos a precio más elevado) y transmisión posterior de todo el paquete (IRPF)*

STS de 26 de mayo de 2016 (Recurso 60/2015)

### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Tras recibir una oferta de compra, los socios personas físicas de una entidad proceden a un aumento de capital previo a la transmisión de totalidad de sus acciones. En dicha ampliación no se contempla prima de emisión, lo que implica que, para el desembolso previsto por los socios a consecuencia de la ope-



ración, el número de acciones emitidas sea mucho mayor, provocando así el "rejuvenecimiento del paquete" correspondiente a cada accionista. Esta circunstancia determina que, al transmitirse posteriormente la totalidad del paquete accionario, la ganancia patrimonial obtenida por cada accionista corresponda en su mayor parte a los títulos adquiridos en fecha más reciente (de acuerdo con los criterios de la LIRPF), a la que no resultaban aplicables los coeficientes de abatimiento. Después de presentar su autoliquidación, los interesados solicitan que se rectifique, a fin de "reequilibrar" la ganancia obtenida en función del precio de transmisión "real" correspondiente a cada paquete de títulos.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración tributaria desestimó la solicitud de devolución de ingresos indebidos.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Alto Tribunal confirma la denegación de la devolución, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la naturaleza jurídica de los actos realizados por los contribuyentes, la determinación de la ganancia patrimonial que éstos habían realizado en su autoliquidación era correcta por aplicación de la normativa reguladora del IRPF. Se rechaza que el principio de calificación pueda ser invocado por los particulares para "recalificar" a posteriori sus propios actos:

*«3. Postula el recurrente **recalificación** de aquella **ampliación de capital sin prima de emisión**, al amparo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 58/2003, General Tributaria.*

*Olvida que el principio de calificación es una facultad que la Ley atribuye a la Administración, no pudiendo ser invocado por los contribuyentes para cambiar la calificación dada, por ellos mismos, a sus propios negocios o contratos. A ello conduce el principio de buena fe e interdicción del abuso del derecho ( artículo 7 del Código Civil), que impide que la libertad de la que se dispone para configurar los contratos celebrados y las cláusulas en ellos incluidas sea usada, en perjuicio de terceros, mediante denominaciones falsas, oscuras o equívocas ( artículo 1288 del Código Civil)*

*El principio de calificación se enmarca en las facultades que el ordenamiento tributario ofrece a la Administración para exigir el tributo al sujeto pasivo cualquiera que sea la forma o denominación que hubiera utilizado, si bien no permite al propio interesado huir de la propia calificación que él mismo ha dado a los hechos, actos o negocios que se cuestionan. El principio de calificación se configura como una facultad de la Administración que la Ley le atribuye, y le permite, a efectos tributarios, determinar la existencia del verdadero hecho imponible y su concreción, con independencia de la forma o denominación que las partes le hubieran dado. Pero éste no se configura como un principio cuya aplicación pueda ser directamente exigido por el obligado y que le permita alterar la calificación que en su día le dio a la operación realizada, con las consecuencias inherentes a efectos tributarios» (Fundamento de Derecho 5º).*

## II. CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA

### II.1. LA REGULACIÓN VIGENTE DEL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA COMO PRODUCTO EVOLUTIVO DE LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIAL:

El **conflicto en la aplicación de la norma tributaria**, definido en el art. 15 de la LGT 2003 es el resultado de una evolución en las prácticas administrativas y jurisprudenciales en materia de elusión. La categoría regulada en el citado precepto **englobaría** las conductas en **fraude de ley** contempladas en el art. 24 LGT 1963 y las actuaciones calificadas administrativa y judicialmente **como negocios indirectos**.

#### *II.1.1. Caracterización de figuras antielusivas: evolución de la normativa, y de la práctica administrativa y jurisprudencial, en relación con las conductas de elusión tributaria, como precedentes que explican la vigente regulación*

STS de 30 de mayo de 2011 (Recurso 1061/2007)

*«A) El ordenamiento tributario tiene la necesidad de diseñar instrumentos específicos para conciliar, en su ámbito, la proyección contradictoria de dos principios: el de legalidad y tipicidad tributaria, de una parte, que impide la extensión del hecho imponible más allá de su propia formulación legal, de manera que queda excluida la posibilidad de la analogía (art. 23.3 LGT/1963 y 14 LGT/2003); y el de justicia tributaria, que exige que deban tributar todas las manifestaciones de riqueza que el legislador ha querido que tributen, y que están en el resultado obtenido, aunque se llegue a él a través de actos y negocios jurídicos no incluidos en la configuración estricta del hecho imponible.*

*Así, para el tratamiento de la utilización de creaciones jurídicas que permiten conseguir los resultados deseados con una menor tributación que la de los actos o negocios jurídicos usuales que son los específicamente contemplados por las normas tributarias, se utilizan tres categorías dogmáticas: la elusión fiscal que no infringe la ley tributaria pero soslaya su aplicación; la evasión fiscal que vulnera directamente dicha ley; y la economía de opción que supone la elección lícita entre diversas alternativas jurídicas la que representa una menor carga fiscal.*

*De esta manera, puede señalarse que en la elusión, a diferencia de lo que sucede en la economía de opción, el ordenamiento jurídico quiere que la tributación tenga lugar aunque se utilicen actos o negocios jurídicos válidos no contemplados formalmente en la norma como presupuestos de la imposición.*

*Así, el derecho comparado, para evitar la elusión fiscal (tax avoidance), utiliza diversas categorías jurídicas que pueden agruparse en torno a dos tradiciones diversas: la que responde a la figura del fraude de ley, en su configuración clásica privatista o en su formulación específicamente tributaria; y la que utiliza cláusulas antielusión, generales o específicas. Con carácter complementario se utiliza también la doctrina del "levantamiento del velo" y la de la transparencia fiscal.*



*B) En nuestro ordenamiento jurídico, la legitimidad constitucional de la lucha contra la elusión fiscal, entendida como violación indirecta de la norma tributaria, se ha encontrado en la "solidaridad de todos en el sostenimiento de los gastos públicos" o "justa distribución de la carga fiscal ( SIs 76/1990, de 26 de abril) y, sobre todo, en el principio de capacidad económica como presupuesto del deber de contribuir y en la exigencia de un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y generalidad (art. 31 CE). En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional (TC):*

*a) STC 50/1995, de 13 de febrero: "la solidaridad de todos a la hora de levantar los cargos públicos de acuerdo con la capacidad económica y dentro de un sistema tributario justo, aparece proclamado en la Constitución y conlleva, con la generalidad de la imposición, la proscripción del fraude fiscal, como una de las modalidades más perniciosas y reprochables de la insolidaridad en un sistema democrático (FJ 6º).*

*b) STC 182/1997, de 28 de octubre cualquier alteración en el régimen del tributo "repercute inmediatamente sobre la cuantía o el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes (FJ 9º).*

*c) STC 46/2000, de 17 de febrero reconoce expresamente la necesidad de evitar que se produzcan posibles actuaciones elusivas de los sujetos, en detrimento de la solidaridad de todos en el sostenimiento de los gastos públicos (FJ 6ª).*

*C) La LGT/1963 reguló de forma específica el fraude de ley en materia tributaria. Ello no ha sido obstáculo, de una parte, para que la legislación contemplara también otras medidas específica antielusivas para garantizar la transparencia (ad exemplum, regulación de operaciones vinculadas); y, de otra, para que la jurisprudencia haya aplicado, con el mismo propósito, distintas figuras o categorías jurídicas provenientes de la teoría general del Derecho o del Derecho civil, como, entre otras, el negocio anómalo, simulado e indirecto.*

*Además, debe tenerse en cuenta que, a pesar de la diferencia teórica que existe, en el plano conceptual, entre fraude de ley y simulación, se ha producido en su vertiente práctica, en su aplicación por la jurisprudencia una superposición y compatibilidad entre ambas figuras.*

*En puridad de principios el fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para desplegar sus efectos jurídicos. Pero se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una determinada normativa (norma de cobertura) que no les protege, al no perseguir sus resultados habituales, por lo que debe aplicarse la norma tributaria (norma defraudada) que resulta de aplicación a los actos o negocios jurídicos que debieran haberse utilizado con normalidad a la vista de los efectos producidos y circunstancias concurrentes.*

*La simulación, por el contrario, supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia de acto o de negocio jurídico. Esta simulación puede alcanzar a cualquiera de los elementos del negocio o del contrato; en nuestro ordenamiento, por tanto, tratándose del contrato, puede afectar a los sujetos, al objeto y a la causa (art. 1261 CC).*

*Ahora bien, el problema surge especialmente en la simulación de la causa por su estrecha vinculación con la finalidad o propósito que las partes persiguen al celebrar un contrato. Así se considera que un contrato realizado no con el fin habitual o normal, sino para el logro de un resultado singular adolece de vicio en la causa, y al apartarse de la "causa típica" o carecer de ella merece la calificación de simulado, con simulación relativa o ab-*

*soluta. Y es entonces cuando se produce la confluencia y posible superposición entre fraude de ley y simulación, que dificulta extraordinariamente su distinción, haciendo depender la consideración de una u otra figura, en cada caso concreto, de la labor de interpretación y de calificación que corresponde, primero, a la Administración tributaria y, luego, a los Tribunales.*

*Las dificultades del deslinde y el riesgo de confusión tenían que enfrentarse con las diferentes consecuencias prácticas de una y otra figura. En el caso del fraude de ley, la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico era la exigencia de la carga tributaria que correspondía al hecho imponible soslayado, mientras que en la simulación procedía, además, la imposición de la correspondiente sanción. Por otra parte, la simulación era más fácil de declarar puesto que correspondía al órgano administrativo efectuar la oportuna regularización sin necesidad de acudir al expediente específico y declaración singular contemplada, en la literalidad de la ley, para el fraude.*

*La utilización indistinta por la Administración tributaria y por jurisprudencia de las figuras o categorías antielusivas llevó a que, ante las dificultades de la prueba de la simulación, se acudiera a la categoría genérica del "negocio jurídico indirecto" y a que se aplicara la precisión legal sobre calificación establecida en el artículo 25 o 28.2 LGT/1963.*

*Con esos precedentes no puede extrañar que la figura del fraude de ley fuera objeto de intensos debates en la elaboración de la LGT/2003. Y que, en la redacción final, el artículo 15 sustituyera la figura del fraude de ley por una cláusula general antielusión denominada "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", explicada por la Exposición de Motivos de la Ley en los siguientes términos: "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 tradicionalmente problemas de aplicación que ha presentado el fraude de ley en materia tributaria".*

*Esta cláusula genérica "antiabuso" o antielusión comprende los supuestos tradicionalmente considerados como fraude de ley y los denominados negocios indirectos, quedando, por el contrario, separada la previsión legal de la simulación en el artículo 16 LGT/2003.*

*En definitiva, conforme a este tratamiento unitario, la aplicación del artículo 15 LGT/2003 exige, en la actualidad la utilización de dos parámetros avanzados por la jurisprudencia anterior al tratar de las facultades de la Administración para calificar los negocios y aplicar, en su caso, el fraude de Ley: el de la normalidad o anormalidad del resultado obtenido con el negocio jurídico o contrato celebrado, y el de la existencia o no de efectos jurídicos o económicos específicos que sean relevantes al margen del elemento fiscal.*

*En cualquier caso, la norma vigente exige un informe preceptivo para la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria» (Fundamento de Derecho 3º).*

### III. FRAUDE DE LEY (ART. 24 LGT 1963)

#### III.1. DELIMITACIÓN DE NEGOCIOS Y OPERACIONES REALIZADAS EN FRAUDE DE LEY. DOCTRINA GENERAL:

**Constituye fraude de ley**, de acuerdo con el art. 24 de la Ley 230/1963, General Tributaria, la concatenación de operaciones societarias (como la ampliación y la reducción de capital, acompañadas en su caso de la devolución de aportaciones o de la venta de derechos de suscripción preferente) cuyo resultado sea la distribución de beneficios o una transmisión efectiva de la titularidad de la sociedad, eludiendo llevar a cabo cualquiera de las citadas operaciones mediante los negocios “naturales” previstos a tal fin en el ordenamiento, esto es, el reparto de dividendos o la directa transmisión de las acciones o participaciones en el capital o en los fondos de la entidad. También constituye fraude de ley la conjunción de negocios y operaciones societarias carentes de lógica empresarial y cuyo único efecto sustantivo sea la reducción de la carga tributaria.

##### *III.1.1. Reducción/ampliación de capital y venta de derechos de suscripción (IRPF)*

STS de 2 de febrero de 2012 (Recurso 430/2008)

##### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad acuerda reducir significativamente su capital social en más de un 99 por 100 (mediante disminución del nominal de todas las acciones), incrementando de manera correlativa las reservas de libre disposición. Inmediatamente (en la misma fecha) se amplía el capital en una cifra idéntica a la de la reducción previa, emitiéndose acciones nuevas (representativas por tanto de más del 99 por 100 de la nueva cifra de capital). Las nuevas acciones se emiten liberadas en un 97 por 100. La operación no produce transferencias patrimoniales entre la sociedad y los socios, reflejándose únicamente en meras anotaciones contables. Uno de los socios transmite la totalidad de sus derechos de suscripción, permitiendo al adquirente de los mismos hacerse con la titularidad efectiva de la participación que aquél poseía originalmente (cercana al 30 por 100 de la compañía). La regulación vigente en el momento de la operación (año 1988) determinaba que el importe percibido por la transmisión de derechos de suscripción no tributase en el ejercicio de su enajenación, sino indirectamente al transmitir las

acciones originales, mediante la disminución del valor de adquisición fiscal de éstas (pudiendo alcanzarse un valor de adquisición negativo sin limitación alguna).

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963. En consecuencia, aplica la "norma defraudada", esto es, el precepto que sometía a tributación inmediata la renta obtenida por la transmisión de participaciones societarias:

*«En el curso de dichas actuaciones, la Inspección apreció la posibilidad de que determinados actos y negocios jurídicos -operaciones de reducción y aumento de capital (...) con posterior venta de los derechos de suscripción (...) hubiesen sido realizados en fraude de ley tributaria; el actuario emitió Informe (...) en que proponía la tramitación del procedimiento especial al efecto; (...) el Inspector Regional (...) acordó la iniciación, (...) que dio lugar al acuerdo del Delegado Especial de la Agencia Estatal de Administración tributaria (...) de declaración de fraude de ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley General Tributaria; el propio acuerdo incorporaba la correspondiente propuesta de liquidación (...)» (Antecedente de Hecho 1º).*

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la apreciación administrativa de fraude de ley:

*«[L]a transmisión de los derechos de suscripción preferente sólo tenía trascendencia fiscal si se transmitía el título al que se encontraban ligados los mismos y lo hacía en el momento en que se materializaba tal transmisión de los valores y no antes. Y naturalmente, dato éste a tener también en cuenta, si no se transmitían finalmente los títulos a los que se encontraban ligados los derechos de suscripción preferente, ninguna repercusión tributaria tendría el importe obtenido con la enajenación de dichos derechos.*

*Y ahí es donde se encuentra la esencia del fraude de ley que caracteriza al supuesto contemplado por la Sala de instancia, que confirmamos, no solo porque se trate de una apreciación probatoria de la misma, sino por cuanto compartimos los argumentos de la sentencia impugnada.*

*(...) [L]a venta de la empresa a través de la enajenación de las acciones hubiera hecho tributar a los accionistas por incremento de patrimonio y teniendo en cuenta la diferencia entre el valor de enajenación y el coste de adquisición de los títulos.*

*Sin embargo, y para evitar el resultado, los accionistas (...) lograron vender la empresa a través de la incorporación de la totalidad de su valor a los derechos de suscripción, cuya venta no tributaba en el IRPF, dejando reducido el valor nominal de sus acciones a una peseta (...).*

*De esta forma, se utilizó la clásica operación de ampliación y reducción simultánea de capital, no como forma de atraer nuevos socios u obtener financiación, sino como medio de eludir la aplicación de la norma que gravaba la transmisión de acciones como incremento patrimonial (norma defraudada) mediante el traspaso del valor de la empresa a los derechos de suscripción, cuya enajenación no estaba sujeta a IRPF (norma de cobertura)» (Fundamento de Derecho 6º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 14 de junio de 2012 (5043/2009, Fundamento de Derecho 7º), de 14 de junio de 2012 (Recurso 6386/2009, Fundamento de Derecho 7º), y de 14 de junio de 2012 (Recurso 2413/2010, Fundamento de Derecho 7º).

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO CONTRARIO (APARENTE CONTRADICCIÓN):

STS de 29 de octubre de 2012 (Recurso 3781/2009, Fundamento de Derecho 7º), califica como simulación un supuesto de transmisión de empresa mediante ampliación de capital y transmisión de derechos de suscripción.

#### *III.1.2. Ampliación de capital con cargo a reservas e inmediata reducción de capital en la misma cifra con devolución de aportaciones a los socios (IRPF)*

STS de 23 de febrero de 2012 (Recurso 821/2008)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad acuerda ampliar su capital en 1.141.923€ con cargo a reservas voluntarias de libre disposición. El mismo día se acuerda reducir el capital en una cifra idéntica, mediante devolución de su importe a los socios. La sociedad no practica retención sobre las cantidades objeto de devolución. En la fecha de las operaciones referidas, la devolución de aportaciones a los socios no se consideraba rendimiento del capital mobiliario en el IRPF y su importe simplemente reducía el valor de adquisición de las participaciones afectadas.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

Después de una primera tentativa de la actuario de calificar el supuesto como simulación, de acuerdo con lo previsto en el art. 25 LGT 1963 (en su redacción posterior a 1995), tras la intervención del inspector jefe se ordena llevar a cabo los trámites para declarar la existencia de fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963. Como resultado de las actuaciones, y de la correspondiente declaración de fraude de ley, la Administración aplica la "norma defraudada", esto es, el precepto que sometía a tributación inmediata en el IRPF, como rendimiento del capital mobiliario, el reparto de beneficios entre los socios, y su consiguiente sometimiento a retención a cuenta.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la apreciación administrativa de fraude de ley:

*«En efecto, la ampliación de capital, como regla general, persigue la financiación de la sociedad mediante capitales propios. Por el contrario, la reducción del capital puede tener por finalidad la devolución de aportaciones, la condonación de dividendos pasivos, la constitución o el incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas.*

*Pero en el presente caso, con buen criterio, la sentencia de instancia no contempla la reducción de capital como operación aislada de la de ampliación del mismo, ni de ésta con independencia de aquella, sino que, estudiando ambas de forma conjunta, llega a la conclusión de existir un supuesto de fraude de ley para eludir la norma fiscal que grava las retribuciones por dividendo (...).*

*En el caso presente, los accionistas podían haber acordado la reducción de capital de la sociedad si querían cumplir cualquier de los objetivos mercantiles antes señalados. Por otra parte, también podían haber acordado la distribución de dividendos con cargo a reservas, con la necesidad de practicar la retención correspondiente como rendimientos de capital mobiliario, según las disposiciones vigentes en la fecha. Pero acudieron a la típica "operación acordeón", en este caso, primero de ampliación de capital, con cargo a reservas y luego de reducción, con devolución a los socios de dichas reservas, de tal forma que el capital social de (...), S.A., permaneció idéntico al final del proceso. Es así como seguido el proceso de "rodeo" o "contorneo", propio del fraude de ley, a que se refiere el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo, se logró un objetivo distinto del de las operaciones de ampliación y reducción de capital aisladamente consideradas, objetivo que no era otro que el indicado de repartir las reservas, eludiendo la norma fiscal que grava este tipo de operaciones como renta del capital mobiliario y en consecuencia las somete a retención.*

*Así, nos encontramos con unas normas de cobertura que son las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que regulan el aumento y disminución de capital y las fiscales que consideran no sujetas al Impuesto estas últimas o prevén una tributación diferida en el tiempo como incremento patrimonial, con posibilidad de aplicar los coeficientes de actualización.*

*En cambio, son normas eludidas o defraudadas, las que sujetan como rendimientos de capital mobiliario los dividendos con cargo a reservas (artículos 15 y siguientes de la Ley 44/1978) y disposiciones legales y reglamentarias que obligan a practicar retención, en este caso en el momento de producirse el hecho imponible, que es cuando tiene lugar el reparto de aquellos.*

*El propósito elusivo está igualmente apreciado en la sentencia recurrida (Fundamento de Derecho Sexto).*

*Finalmente, el supuesto que enjuiciamos no puede calificarse como economía de opción, pues no existen dos formas válidas de repartir dividendos, de las cuales una sea menos costosa que la otra; tampoco la reducción de capital guarda semejanza con el reparto de reservas para permitir ejercer una opción, ni el incremento o disminución patrimonial la guarda con la obtención de rendimientos de capital mobiliario. El supuesto que se nos ofrece, como ha sido correctamente calificado por la Sala de instancia, es de utilización de una operación combinada de ampliación y reducción de capital, para, tras llevar a éste último el importe de las reservas, proceder posteriormente a su entrega a los socios. Se trata de un supuesto de fraude de ley y como ya se ha dicho con anterioridad*

*por esta Sala, la economía de opción termina allí mismo donde comienza el fraude ley» (Fundamento de Derecho 4º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 15 de marzo de 2012 (Recurso 1519/2008, Fundamento de Derecho 4º).

#### *III.1.3. Transmisión de una participación social, previa al reparto de dividendos, a una sociedad constituida ex professo (IRPF/IS)*

STS de 12 de julio de 2012 (Recurso 2038/2009)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una persona física es titular de una participación en la sociedad A. Ésta ha acordado el reparto de un importante dividendo, que será exigible el 30 de septiembre. El 6 de septiembre se constituye la sociedad B, siendo su único socio la mencionada persona física. El 23 de septiembre, ésta transmite a la nueva sociedad B toda su participación social en la sociedad A. La plusvalía obtenida por la persona física a consecuencia de dicha transmisión no tributa en el IRPF, por aplicación de los coeficientes de abatimiento. Los dividendos, que son percibidos el 30 de septiembre por la sociedad B, tampoco tributan en el IS de ésta, por aplicación de normas contables.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

Se considera que las operaciones realizadas son constitutivas de fraude de ley:

*«Respecto de la citada declaración se ha tramitado EXPEDIENTE DE DECLARACION DE FRAUDE DE LEY TRIBUTARIA, conjuntamente su cónyuge D. (...) y con la entidad (...) S.L., de la cual es EL UNICO SOCIO. El citado expediente ha sido finalizado por resolución del DELEGADO ESPECIAL DE LA AEAT (...) declarando la existencia de FRAUDE DE LEY TRIBUTARIA en la siguiente operación:*

*Transmisión de la participación que D. (...) ostentaba en la mercantil (...) S.A. (de la que es miembro del consejo de administración) a (...) S.L. con inclusión en el precio de los dividendos acordados pendientes de pago, siendo la contraprestación de la transmisión pagarés que solo pueden ser satisfechos por el importe percibido de (...) S.A. en concepto de dividendos, pues no consta que (...) S.L. desarrolle otro tipo de actividad ni disponga de un patrimonio que permita hacer frente a los pagarés, sino con las cantidades percibidas de (...) S.A. en concepto de dividendos. Con la citada operación los dividendos no tributan en la sociedad (...) S.L. y lo hacen en la persona física en concepto de ganancias patrimoniales con coeficientes de abatimiento y criterio de imputación temporal en función de los cobros, en vez de hacerlo como correspondería a su verdadera naturaleza.*



*(...) Procede imputar a las personas Físicas el importe íntegro de los dividendos acordados y satisfechos por (...) S.A. para su integración en la base imponible general del IRPF como rendimientos del capital mobiliario (norma eludida). Lo cual conlleva que deba trasladarse al IRPF de éstas la deducción por doble imposición de dividendos y las retenciones soportadas en la percepción de los mismos; y por otra parte no deba integrar cantidad alguna en la parte especial de la base imponible (norma de cobertura junto con la norma de valoración 8 del Plan General Contable)» (Antecedente de Hecho 1º).*

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Confirma el fraude de ley, rechazando que para su declaración sea preciso siempre constatar la utilización de una específica norma de cobertura, y rechazando también que el supuesto enjuiciado sea constitutivo de economía de opción:

*«Nos encontramos ante un exclusivo problema de calificaciones jurídicas de la norma tributaria tal como aparece previsto en el art. 28.2 de la LGT [1963] aplicable al caso. Por consiguiente, calificado el negocio jurídico realizado conforme a su verdadera naturaleza jurídica, no cabe hacer tacha alguna de invalidez de la actuación desarrollada por la Inspección de los Tributos, confirmada por la Sentencia recurrida. El fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, ya que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento para desplegar efectos jurídicos. Si bien se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una norma legal dictada con una finalidad distinta (norma de cobertura), que pueden producir un resultado equivalente al del hecho o negocio constitutivo del hecho imponible, y sin estar aquellos directamente gravados o gravados en menor medida, no es absolutamente preciso que exista dicha norma de cobertura, ya que también es posible apreciar un fraude de ley intrínseco que se produce cuando el contribuyente se ampara en la letra de la ley para incumplir su finalidad.*

*(...) Pues bien sentada la doctrina interpretativa del fraude de ley y sus requisitos, sin necesidad alguna de acudir a las figuras de transparencia fiscal para rectificar un negocio fraudulento, no cabe duda alguna que la firmeza del acto declarativo del fraude de ley y los hechos acreditados en la instancia y que la Sentencia de 26 de febrero de 2009 considera probados, con la consiguiente exclusión de ser cuestionados o replanteados en la casación, permite apreciar sin posible controversia la existencia de fraude de ley en la conducta de la recurrente, pues la venta de las acciones de (...) S.A. se realizó el día 23 de septiembre de 1999 a una sociedad ([...] S.L.) que había sido constituida el día 6 del mismo mes, un día antes de que aquélla acordase el reparto de dividendos, incluyéndose en el precio los dividendos acordados y pendientes de pago. Además, la sociedad compradora no acreditó alguna otra actividad ni disponía de patrimonio que le permitiese hacer frente a los pagarés librados para el pago del precio, debiendo hacerlo con los dividendos percibidos de (...) S.A. Así, con esta operación se evitaba que tributasen por los dividendos las personas físicas que eran socios cuando se acordó el reparto por (...) S.A., no tributando tampoco la sociedad que era socio cuando se pagaron, ya que fueron contabilizados por (...) S.L. como un derecho de cobro que minoraba el coste de las acciones adquiridas (norma de valoración 8ª del Plan General Contable), tributando entonces como una ganancia patrimonial, reducida de forma considerable por aplicación de los coeficientes de abatimiento.*

*En consecuencia, se dio una norma tributaria de cobertura -la que regula las ganancias patrimoniales- y una norma tributaria eludida, que es la que calificó como rendimientos del capital mobiliario sujetos al IRPF los dividendos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad ( art. 23.1 de la Ley 40/1998 ), existiendo un*



*claro propósito de evasión fiscal en la operación al tributar la reseñada ganancia patrimonial con aplicación de coeficientes de abatimiento e integrándose en la base imponible especial, norma que no debe dar cobertura al negocio por haber sido creada con distinta finalidad. Y para el logro de ese fin se han empleado formas jurídicas artificiales e insostenibles, constituyendo una sociedad participada íntegramente por un socio esposo de la recurrente, ambos en sociedad de gananciales, entidad que, nada más crearse y sin tener patrimonio ni otros negocios aparentes, adquiere las acciones de otra sociedad para cuyo pago devuelve al socio vendedor los dividendos percibidos, con lo cual dicho vendedor recupera el rendimiento del capital mobiliario tributando de forma más favorable.*

*Es por ello aplicable al presente caso el ya citado art. 24 de la LGT [1963], que determina la aplicación de la norma tributaria eludida, la cual obliga a imputar los dividendos a la recurrente, lo que ha llevado a cabo la liquidación impugnada, sin que ello implique el levantamiento del velo a que alude la parte recurrente ni la aplicación de régimen alguno de transparencia fiscal, ya que la Inspección de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria se limitó a aplicar la norma eludida en los términos que establece el mencionado texto legal.*

*Tampoco resulta de recibo pretender enmarcar el fraude de ley cometido como ejercicio de la economía de opción, puesto que no estamos ante un supuesto en el que el orden jurídico permita al contribuyente distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas, que resultarían legítimas si no hubieran vulnerado los principios de capacidad económica y de justicia tributaria.*

*Por el contrario, la "economía de opción", que comporta una discrepancia interpretativa, no alcanza a comprender el intento de distraer una tributación de dividendos sociales como renta de capital mobiliario a efectos del IRPF, mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal, como es el caso que nos ocupa, cuyos hechos ya han sido analizados y calificados anteriormente, sin que quepa invocar principio y opciones inaplicables» (Fundamento de Derecho 4º).*

### *III.1.4. Concatenación de operaciones de compraventa de acciones, y transmisión posterior a un no residente de la sociedad resultante, participada al 100 por 100 por personas físicas (IRPF/IS)*

STS de 23 de mayo de 2016 (Recurso 992/2014)

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una sociedad A, participada exclusivamente por personas físicas, es titular de diversas participaciones sociales, entre ellas las correspondientes a la sociedad B. La entidad C, residente en el extranjero, desea adquirir el 100 por 100 de la sociedad B. A tal efecto, en lugar de convenirse la compra directa de la sociedad B a su titular (la sociedad A), lo que hubiera determinado la tributación en el IS de la plusvalía obtenida por esta última con la venta, se efectúan una serie de operaciones de compraventa de acciones,

con objeto de lograr que la sociedad A resulte titular exclusivamente del 100 por 100 de la sociedad B. Posteriormente, los socios personas físicas de la sociedad A transmiten la totalidad de sus acciones a la entidad C, resultando ésta así indirectamente también titular del 100 por 100 de la sociedad B, y más tarde titular directa de la misma mediante la fusión de ambas (A y B). La plusvalía obtenida por los transmitentes no tributaría en el IRPF, por efecto de los coeficientes de abatimiento.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963, sometiendo a gravamen la plusvalía correspondiente a la transmisión directa de las acciones en el IS:

*«En virtud de acuerdo de 12 de marzo de 2004, el Delegado Especial en Cataluña de la AEAT dictó acuerdo de declaración de fraude de ley, en relación con el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1998. En virtud de dicho acuerdo se efectúa la siguiente regularización:*

*– Eliminación de las operaciones realizadas en fraude de ley, según el detalle (en pesetas), que consta en el acta y reproduce la resolución del TEAC, del que resulta una deducción ascendente a -654.746.734 pesetas, que se considera improcedente.*

*– Determinación del beneficio obtenido en la venta del 100% de las acciones de la entidad (...) S.A.; se incrementa la base imponible en el importe correspondiente y se admite una consiguiente deducción por doble imposición, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28.5 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1995» (Ver Antecedente de Hecho 1º).*

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la apreciación administrativa de fraude de ley:

*«En el presente caso, la sentencia considera que ha quedado demostrada la intención elusiva, basándose para ello en el carácter artificioso de las operaciones llevadas a cabo, el escaso plazo de tiempo en que tienen lugar y en la falta explicación adecuada de la entidad.*

*En efecto, así se expone la argumentación de la Sala en el Fundamento de Derecho Tercero anteriormente transcrito, y al que nos remitimos.*

*(...) En los antecedentes de esta Sentencia quedó transcrito del Fundamento de Derecho Undécimo de la impugnada, en el se reseñan las muy numerosas operaciones sociales que en un espacio verdaderamente corto de tiempo tuvieron lugar en el ámbito y entorno de la [sociedad A]. Igualmente ha quedado reseñada la conclusión alcanzada por la sentencia acerca del carácter artificioso del procedimiento seguido.*

*En efecto, para llegar al resultado querido de que las acciones de [sociedad B] en poder de [sociedad A] pasaran a la compradora pudieron seguirse dos caminos:*

*– El camino sencillo de venta por [sociedad A], que daría lugar, eso sí a una plusvalía que tributaría por Impuesto de Sociedades.*

– El camino mucho más complejo, que llevaría a la tributación de los accionistas de [sociedad A] por IRPF, pero con aplicación de coeficientes de abatimiento y que supuso que en plazo de diez días se llevaran a cabo las siguientes operaciones:

(...)

*Dicho lo anterior, carece de trascendencia alguna la utilización del término "trama" por parte de la sentencia. Lo que resulta trascendente es que la sentencia, que confirma la resolución del TEAC, aún cuando sea por transcripción de su resolución desestimatoria, considera que mediante las operaciones realizadas, la [entidad C, compradora final] adquirió la totalidad de las acciones de la sociedad [sociedad A], cuyo único activo era la [sociedad B], sin que pueda contradecirse que el resultado obtenido es equivalente al de la transmisión de las acciones de [sociedad B] a la recurrente. Y lo que hace la fusión no es cerrar ningún ciclo sino poner de manifiesto la referida equivalencia, pues llevada a cabo, ciertamente el 1 de octubre de 1998, los resultados contables se retrotraen al 9 de enero anterior» (Fundamento de Derecho 2º, Motivos 1º y 2º).*

### *III.1.5. Transmisión de inmueble por una sociedad a otra inactiva participada por los mismos socios personas físicas, cuyas participaciones se transmiten luego (IRPF/IS)*

STS de 16 de septiembre de 2013 (Recurso 1443/2012)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad participada por personas físicas adquiere un inmueble. Inmediatamente lo transmite (en virtud de un supuesto contrato de mandato) a otra sociedad, hasta entonces inactiva, participada por las mismas personas físicas. Unos meses más tarde, las personas físicas transmiten las participaciones sociales de la segunda entidad, obteniendo una importante plusvalía. La renta obtenida se considera no sujeta en el IRPF por aplicación de los coeficientes de abatimiento.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración tributaria considera que la transmisión del inmueble entre ambas sociedades, y la posterior enajenación de las participaciones por los socios personas físicas, constituyen operaciones en fraude de ley, con objeto de evitar, por una parte, la transmisión directa del inmueble por la primera sociedad, titular originaria del mismo, y la consiguiente tributación de la plusvalía en el IS, así como, por otra parte, el reparto del beneficio obtenido a los socios personas físicas y la práctica de la correspondiente retención y la tributación como rendimiento del capital mobiliario en IRPF. Se consideran normas de cobertura las reguladoras de las retenciones que no exigen practicarlas a las ganancias derivadas de la transmisión de parti-

cipaciones sociales, así como la que establece la aplicación de coeficientes de abatimiento a las ganancias patrimoniales en el ámbito del IRPF.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Se confirma el criterio de la Administración y, en consecuencia, se considera que las operaciones realizadas son constitutivas de fraude de ley:

*«El núcleo del recurso se encuentra en el cuarto motivo, en el que con una argumentación menos extensa que en las quejas anteriores, se denuncia la infracción del artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963 por desconocerse la noción de fraude de ley que contiene y declararse su existencia pese a no cumplirse los requisitos que demanda el precepto.*

*Sostienen, en primer lugar, que no se cumple el requisito de que con el negocio jurídico realizado (la transmisión de las participaciones de [...]) se obtenga un resultado equivalente al que se habría alcanzado de haberse pactado el contrato que se considera típico (la venta directa del inmueble propiedad de dicha compañía).*

*(...) Conviene recordar que la noción de fraude de ley, que recogía el artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963, reclama la doble presencia de una norma de cobertura y de otra eludida de carácter esencialmente tributario, de modo que, mediante la puesta en marcha de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas, se eluda el efecto fiscal querido por el ordenamiento, circunstancia que diferencia el fraude de ley tributaria de la economía de opción, en la que tiene lugar una lícita elección entre diversas alternativas jurídicas por razones no exclusivamente fiscales.*

*(...) Siendo así, resulta indiscutible, a juicio de esta Sala, que el resultado equivalente se produjo, pues se trataba de transmitir la finca (...) desde el grupo empresarial encabezado y dominado por don (...), pero en lugar de seguir el cauce común, esto es, la venta directa del inmueble por su propietaria (...), se optó por la forma más alambicada de que los socios titulares de (...) transmitieran la totalidad de sus participaciones (...), y con ello el inmueble que constituía su activo, con el desenlace fiscal que ya conocemos, que más adelante volveremos a precisar.*

*Por consiguiente, no se produjo la ausencia del resultado equivalente que exigía el artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963 (...)*» (Fundamento de Derecho 5º).

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 9 de noviembre de 2015 (Recurso 1866/2013, Fundamento de Derecho 4º).

#### *III.1.6. Aportación no dineraria de participación social a una sociedad vinculada (ambas sociedades en régimen de transparencia) y posterior fusión de ambas (IRPF/IS)*

STS de 24 de febrero de 2014 (Recurso 1347/2011)

### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una persona física es titular (junto con su hijo, que ostenta una participación testimonial) de dos sociedades transparentes A y B. La sociedad A ha obtenido una importante ganancia patrimonial durante el ejercicio 1996 (que tendrá que imputarse entre sus rentas quien sea socio al cierre del ejercicio, el 31 de diciembre de 1996). Antes de terminar el ejercicio (el 12 de diciembre de 1996), la persona física acuerda una ampliación de capital de la sociedad B, suscribiéndola íntegramente mediante la aportación no dineraria de toda su participación en la sociedad A (la plusvalía derivada de la aportación no tributa en IRPF, por efecto de los coeficientes de abatimiento). En la misma fecha se acuerda modificar el ejercicio social de la sociedad B, fijando su conclusión el 15 de diciembre. Así pues, será la sociedad B (como socio de la sociedad A el 31 de diciembre de 1996) quien deba imputarse la ganancia patrimonial obtenida en el ejercicio 1996-1997 (de 16 de diciembre de 1996 a 15 de diciembre de 1997). Antes del cierre de dicho ejercicio, se acuerda la fusión de ambas sociedades mediante absorción de la sociedad A por la sociedad B, lo que genera en ésta una pérdida patrimonial (por derechos de titularidad) equivalente a la ganancia que deberá imputarse, eliminándose de este modo la tributación efectiva de dicha ganancia.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963, exigiendo a la persona física la tributación que le hubiera correspondido de mantener su condición de socio de la transparente a 31 de diciembre de 1996.

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la calificación administrativa de fraude de ley, al apreciar que se han llevado a cabo una serie de actos inusuales, que sólo se explican por la finalidad de evitar el pago del impuesto, utilizando normas de cobertura para lograr la elusión de la norma tributaria que exigía la imputación de la base imponible de la sociedad transparente:

*«Pues bien, sentada la doctrina interpretativa del fraude de ley y sus requisitos, no cabe duda alguna de que los hechos acreditados en la instancia y que la Sentencia de 19 de enero de 2011 considera probados, con la consiguiente exclusión de ser cuestionados o replanteados en la casación, permite apreciar la existencia de fraude de ley en la conducta de los recurrentes.*

*En efecto, en los hechos que la sentencia de instancia considera probados se puede apreciar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que configuran el fraude de ley:*

1. *Se han dado un conjunto de negocios jurídicos realizados con la finalidad exclusiva de conseguir una ventaja fiscal, esta ha sido su causa esencial.*
2. *Las sucesivas operaciones societarias realizadas entre el recurrente y su entorno familiar constituyen maniobras inusuales e incoherentes si no se tiene en cuenta su finalidad de elusión fiscal, pues sin esta apreciación no se entiende la transformación de la forma jurídica societaria, la modificación de la fecha de cierre del ejercicio, la ampliación de capital mediante aportación no dineraria y la fusión por absorción realizadas en poco margen de tiempo.*
3. *Con ello se pone de evidencia la utilización de una serie de normas que dan cobertura a las citadas operaciones y la existencia de normas que son eludidas, dentro de una actuación en fraude de ley.*

*Así, se utiliza como normativa de cobertura la legislación mercantil que ampara la transformación de la [sociedad B] en sociedad de responsabilidad limitada, la modificación de su ejercicio social, la ampliación de capital social, la renuncia del socio a la suscripción preferente de acciones, el desembolso mediante aportación no dineraria y la fusión entre sociedades.*

*Para obtener los beneficios fiscales se aplica la DT Octava de la ley 18/1991, del IRPF, que permite no tributar por la renta en el ejercicio de 1996 por el incremento de patrimonio derivado de la suscripción de las participaciones de [sociedad B] con ocasión del aumento de capital. Y por otro lado, el art.15.9 de la ley 43/1995 del IS, que permitió que [sociedad B] no tributase por la base imponible positiva imputada por [sociedad A] a 31 de diciembre de 1996, mediante la aplicación del denominado coste de titularidad.*

*Como pone de relieve acertadamente la Sentencia cuestionada, las normas eludidas viene representadas por el art. 75 de la LIS, en relación con el art.52 de la LIRPF, que permiten imputar a los socios las bases imponibles positivas obtenidas por las sociedades de mera tenencia de bienes y se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta. También se elude el art.76.2LIS, que prevé que esa imputación se produzca el día de la conclusión del período impositivo de la sociedad participada, cuando los socios sean sociedades transparentes, lo que se consigue con el cambio de ejercicio a través de la transformación de la sociedad.*

*Finalmente, la existencia del efecto equivalente al hecho imponible también ha quedado acreditada, pues la ganancia patrimonial derivada de la indemnización obtenida en la expropiación y que constituía el activo principal de [sociedad A], no ha escapado del círculo de intereses de los socios, pues se ha utilizado en la ampliación de capital de [sociedad B] mediante aportación no dineraria, convirtiéndose a esta última en socio de aquélla.*

*El beneficio fiscal obtenido por todos los partícipes de esta actuación fraudulenta resulta clara y así lo pone de manifiesto el acto administrativo impugnado, aceptado como pertinente por la Sentencia de instancia» (Fundamento de Derecho 3º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de de 19 de abril de 2012 (Recurso 68/2008, Fundamento de Derecho 10º), 10 de marzo de 2014 (Recurso 1265/2011, Fundamento de Derecho 3º), de 17 de marzo de 2014 (Recurso 1340/2011, Fundamento de Derecho 3º).

*III.1.7. Transmisión por una persona física de la totalidad de participaciones sociales de una sociedad vinculada (transparente), con posterior venta del activo principal y subsiguiente disolución de la sociedad transparente (IRPF/IS)*

STS de 22 de junio de 2016 (Recurso 2218/2015)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una persona física es titular (con una participación cercana al 100 por 100) de una sociedad transparente cuyo activo principal es un terreno adquirido en 1985 por algo más de 70.000 euros (su equivalente en moneda del tiempo). En 2000 se acuerda con un tercero la venta futura del terreno por un precio cercano a los 19 millones de euros. A continuación (antes de la venta), la persona física transmite todas sus participaciones en la sociedad transparente a otra sociedad de la que también es titular (también con una participación cercana al 100 por 100). El precio para esta transmisión de participaciones se fija en un importe cercano al precio de venta futura del terreno (ya convenido con el tercero), sin tener en cuenta los pasivos previamente existentes en la transparente. La venta efectiva del terreno en abril de 2002 produce para ésta un beneficio, que tributará en su base imponible del IS. Seguidamente, la sociedad transparente se disuelve, lo que origina una pérdida para la sociedad titular de sus participaciones, por la diferencia entre el valor neto recibido en la liquidación social, en total unos 8 millones y medio de euros (activos por valor de más de 16 millones y pasivos de unos 7 millones y medio), y el coste de adquisición (cercano a los 19 millones) y de titularidad (la base imponible imputable de la transparente). La imputación de la base positiva de la transparente se neutraliza holgadamente con la pérdida derivada de la disolución, resultando el derecho a la devolución de todo el impuesto satisfecho por la transparente y una pérdida adicional cercana a 10 millones susceptible de compensación futura.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963, aplicando al caso los efectos de la "norma defraudada", esto es, el precepto que determinaba la imputación a la persona física de la base imponible correspondiente a la plusvalía obtenida por la sociedad transparente con la venta del terreno.



## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la apreciación administrativa de fraude de ley, rechazando expresamente que, como alegaban los interesados, las operaciones realizadas constituyan un supuesto de economía de opción:

*«B) (...) Por su parte, conforme a la Sentencia de 25 de marzo de 2010 (rec. cas núm. 2559/2006), para apreciar el fraude de ley, es suficiente constatar que la causa del negocio jurídico o del conjunto de negocios jurídicos realizados es exclusivamente de índole fiscal, persiguiendo, únicamente obtener una tributación notoriamente más baja que la legal y ordinariamente previsible. De esta manera, para excluir dicha clase de fraude en operaciones "insólitas e inusuales" en muy corto espacio de tiempo es preciso alegar y acreditar razonablemente una causa suficiente y justificativa que no sea el mero propósito de atenuar anormalmente la carga tributaria que grava ordinariamente a la capacidad económica evidenciada en conjunto de negocios jurídicos realizados.*

*La economía de opción tiene diversos significados. El que configura su noción clásica como "ofrecimiento explícito de fórmulas jurídicas igualmente válidas", comprensivo de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico ofrece al sujeto pasivo diversas alternativas, con la razonable suposición de que elegirá la de menor coste tributario, sin que ello suponga la realización de maniobras de elusión o abuso de las posibilidades de conformación jurídica. El que se identifica con las llamadas "opciones fiscales" que suponen un derecho concedido por la ley fiscal al contribuyente, colocado en una determinada situación jurídica en relación con el impuesto, para ejercer libremente una opción que influye en la configuración del régimen jurídico. Y, en fin, el que se refiere a los supuestos en los que las alternativas aparecen, incluso, de modo implícito en la norma.*

*Pero, ni en su acepción más amplia, puede entenderse que "la economía de opción" atribuya al obligado tributario la facultad de configurar negocios o situaciones económicas con incidencia fiscal o sobre fórmulas negociales que, sin "motivos económicos válidos" se eligen con una exclusiva finalidad tributaria. Conseguir una ventaja fiscal constituye un fin que no es jurídicamente objetable, salvo que se convierta en la única causa del negocio jurídico celebrado.*

*La economía de opción termina donde empieza la elusión tributaria. De modo que si la economía de opción se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial, que abarca la facultad de celebrar negocios con la finalidad de obtener una ventaja o ahorro fiscal, es necesario, como señala la jurisprudencia, evitar que esa libertad de configuración suponga desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias. Y ello ocurre cuando se acude a fórmulas negociales que se resumen en la categoría de los "negocios jurídicos anómalos", que incluye los negocios en fraude de ley, el negocio indirecto, el negocio fiduciario y el negocio simulado. Se trata, en suma, de la utilización de negocio no gravado o gravado en menor medida que supone la "deformación" de otro negocio, gravado o más gravado, con la idea de sustraerse a la regulación tributaria normal.*

*C) En el presente caso, ha de partirse de unas determinadas condiciones y circunstancias de los sujetos que intervienen en el conjunto de negocios jurídicos desarrollados y en la concreta cronología con que éstos se producen para determinar si concurren o no unos motivos económicos atendibles, más allá del mero ahorro fiscal.*

*(...)*

*Partiendo de la configuración jurisprudencial del fraude de ley, antes expuestas y de los negocios jurídicos realizados, debe entenderse que en el presente supuesto concurren todos requisitos para confirmar el acto administrativo impugnado.*



a) El primero de los requisitos es la realización efectiva de unos hechos, actos o negocios jurídicos. Esto es, los negocios realizados en fraude de ley deben ser reales y no ficticios, siendo esta característica de los negocios realizados en fraude de ley lo que los diferencia de los realizados de forma simulada, es decir, de aquellos en los que se crea una simple apariencia de negocio donde no existe ninguno (simulación absoluta) o existe un negocio distinto del aparente (simulación relativa). En el fraude de ley los negocios realizados son queridos por las partes pero con el entramado negocial realizado se persigue una finalidad contraria al ordenamiento jurídico eludiéndose la normal aplicación del mismo.

En nuestro caso, los negocios que tanto la Inspección como este Tribunal considera calificables como realizados en fraude de ley son la venta a (...) SL2 de las participaciones de (...) SL1 que realizó Dña. (...) a precio muy superior al contable, y superior al que correspondería al de mercado según los análisis al respecto que la Inspección realiza tanto en la propuesta como en el acuerdo declarativo de fraude de ley (...).

En todo caso, es de destacar que el hecho de que esta venta de participaciones a precio superior al de su valor de mercado no es consustancial a la hora de apreciar la concurrencia o no de fraude de ley. El fraude de ley se apreciaría igualmente de haber vendido las participaciones la socia a la sociedad a valor de mercado, pero produce un "fenómeno añadido" (en términos del acuerdo declarativo del fraude de ley): con el complejo negocial realizado no solo no existe imposición alguna sino que, adicionalmente, se produce desimposición.

b) El segundo de los requisitos es la equivalencia de resultados, esto es, que los actos realizados en fraude de ley produzcan un efecto equivalente (aunque no tenga que ser idéntico) al derivado de aquél cuya realización formal se ha eludido.

En nuestro caso, el resultado buscado tanto a juicio de la inspección como de este Tribunal era la obtención por Dña. (...) del beneficio derivado de la venta de terrenos por parte de (...) SL1, pero en vez de seguirse el camino natural a tal fin, esto es, la venta por (...) SL1 de los terrenos y el traslado a D<sup>a</sup> (...) de dicho beneficio; bien vía adjudicación de activos (principalmente dinero) y pasivos de (...) SL1 tras su disolución, o bien la percepción por parte de la socia de dividendos repartidos por la sociedad, se utilizó una vía artificiosa consistente en la venta por parte de la socia de las participaciones que ésta tenía de (...) SL1 a otra sociedad dominada por ella en un 99,99% [(...) SL2] y posterior disolución y liquidación de (...) SL1.

c) El tercero de los requisitos es el propósito de eludir total o parcialmente el pago del tributo. Esto es, se hace necesario que de los hechos constatados en el expediente se desprenda la realización de uno o varios negocios jurídicos cuya única o principal finalidad sea la elusión total o parcial del pago del tributo que se produciría de no realizarse el "rodeo" o "contorneo" o "artificio" (en términos jurisprudenciales) que caracteriza la realización de actos o negocios en fraude de ley.

En nuestro caso, tanto a juicio de la Inspección como de este Tribunal, dicho propósito de eludir el pago del tributo se desprende de la propia venta de las acciones de (...) SL1 a (...) SL2 a los efectos de evitar el pago del tributo que correspondería pagar a Dña. (...) de no haberse producido previamente la referida venta de participaciones. Tal y como señala el acuerdo declarativo de Fraude de Ley "...basta con verificar las circunstancias que concurren para apreciar que no existe razón alguna para que SL2 se convierta en dueño del 100% del capital de (...) SL1. Para ello es suficiente con la enumeración de los sucesivos actos que tienen lugar en un pequeño intervalo de tiempo y nos daremos cuenta que no hay justificación para la adquisición de (...) SL1".

Es de destacar que (...) SL1 ya había documentado la venta del terreno en contrato pri-

vado de 19-05-2000, por lo que la socia mayoritaria de la entidad ya conocía antes de la venta de las participaciones del beneficio que se iba a producir en (...) SL1 cuando finalmente se perfecciona dicha venta de terreno, conociendo así el importe que la entidad, como transparente, iba a imputar en la base imponible de los socios.

Ante la situación descrita tiene un breve espacio de tiempo un entramado comercial que comienza con la venta de las participaciones en (...) SL1 por parte de su socia mayoritaria a una sociedad [(...) SL2] dominada por ella misma en un 99,99%, el mantenimiento de la calificación de transparente de las sociedades implicadas, la modificación de fecha de cierre de ejercicios sociales (y fiscales) de las sociedades implicadas, el perfeccionamiento de la venta del terreno en cuestión y, finalmente, la disolución de la sociedad (...) SL1 con cesión de su entero activo y pasivo a la su socio único [(...) SL2].

Todo lo anterior lleva a que fiscalmente: 1º Dña. (...) no tribute por la venta de las participaciones por aplicación de los coeficientes de abatimiento previstos en la DT 9ª de la Ley 40/1998, del IRPF; 2º Tras la disolución de (...) SL1 su único socio [(...) SL2] no solo no tributó sino que se computó una pérdida derivada de venta de participaciones de (...) SL1 realizada por Dña. (...) a precio superior al que resultaba del precio del terreno.

d)El cuarto y quinto de los requisitos es la existencia de una norma de cobertura y de una norma defraudada. Esto es, como se ha indicado anteriormente, la característica del negocio realizado en fraude de ley no es el infringir frontalmente el ordenamiento jurídico sino el hacerlo de una forma indirecta o tangencial mediante la utilización de una o varias "normas de cobertura" (o «normas refugio») que en su día fueron dictadas con una finalidad distinta de aquella por la que es utilizada ahora por las partes eludiendo así la aplicación de la denominada "norma defraudada".

En nuestro caso, tanto a juicio de la Inspección como de este Tribunal:

1º) Son normas de cobertura: aquéllas que amparan la venta de las participaciones de (...) SL1 por su socia mayoritaria Dña. (...) a la sociedad (...) SL2, sociedad participada por ella en un 99,99%; aquéllas que regulan la cuantificación fiscal de los incrementos patrimoniales en el IRPF; en concreto el artículo 31 y la DT 9ª de la Ley 40/1998 y las normas de la Ley del Impuesto sobre Sociedades que regulan el régimen de transparencia fiscal (Cap. 1 del Tít. VIII de la Ley 43/1995) y la cuantificación del beneficio fiscal derivado de la transmisión de las acciones y/o participaciones en sociedades transparentes (art. 15.9 de la Ley 43/1995).

2º) Y es norma defraudada: el artículo 72.1 de la Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a tenor del cual "Los contribuyentes imputarán en la parte general de la base imponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de esta Ley, la base imponible obtenida por las sociedades transparentes a que se refiere el artículo 72 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en la proporción que resulte de los estatutos sociales y, en su defecto, de acuerdo con su participación en su capital social".» (Fundamento de Derecho 7º).

«.- a) por último, sostiene la demandante que resulta imposible aplicar el expediente de fraude de ley a un régimen fiscal de por sí antielusorio, como es la transparencia fiscal. Y cita a este respecto resolución del TEAC de 26 de abril de 1989.

b) Tampoco puede ser acogida esta tesis de la demandante. En efecto, si bien el régimen especial de transparencia fiscal tiene entre sus finalidades tanto neutralizar economías de opción derivadas de la existencia de diferentes tipos impositivos en el Impuesto sobre Sociedades y el IRPF, como evitar otras estructuras de planificación fiscal, nada impide a juicio de este Tribunal (y así lo ha confirmado en numerosas resoluciones relativas a

*operativas similares a la que ahora nos ocupa en las que, en todo caso, estaban implicadas sociedades en régimen de transparencia fiscal) que se pueda apreciar la figura del fraude de ley en complejos negociales en los que uno o varios de los sujetos implicados son una sociedad en régimen de transparencia fiscal, máxime cuando, como es el caso, parte de las normas de cobertura utilizadas son, precisamente, las relativas al régimen fiscal de las sociedades transparentes o a la valoración de las acciones de las sociedades transparentes para el caso de su transmisión» (Fundamento de Derecho 8º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 2536/2007, Fundamento de Derecho 7º), 22 de marzo de 2012 (Recurso 2293/2008, Fundamento de Derecho 4º).

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO DIFERENTE (APARENTE CONTRADICCIÓN):

STS de 3 de mayo de 2012 (Recurso 73/2008), STS de 18 de marzo de 2013 (Recurso 392/2011): califican supuesto similar como simulación, la primera de ellas aceptando la sanción y sin tramitación de expediente especial.

#### *III.1.8. Compra de la totalidad de las participaciones de una sociedad transparente por tres sociedades, una de ellas constituida ex professo y sujeta al régimen de transparencia (IS)*

STS de 18 de junio de 2015 (Recurso 1517/2013)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad transparente A, participada por una sola persona física, es titular de una parcela que acumula una importante plusvalía. Dos sociedades (no transparentes) B y C, pertenecientes a personas integradas en un mismo ámbito de decisión, están interesadas en hacerse con la propiedad del inmueble. A tal efecto, adquieren, junto con una tercera sociedad D (sujeta al régimen de transparencia y constituida expresamente para la ocasión), la totalidad de las participaciones de la sociedad transparente A. La intervención de la sociedad transparente D como compradora permite que la sociedad A conserve también su condición de transparente (que hubiera perdido si la totalidad de sus socios hubieran sido entidades no transparentes). Una vez realizada la compra de la sociedad transparente A, se procede a su disolución, adjudicándose el terreno a sus socios, B, C y D. La plusvalía obtenida por la sociedad A como consecuencia de la disolución tributa en su IS, imputándose luego a los socios tanto la base imponible correspon-

diente como la cuota satisfecha. Cada una de las entidades socias declara en su IS, por un lado, la parte de la plusvalía del terreno y, por otro, la pérdida (equivalente) derivada de la disolución de la sociedad A (diferencia entre el valor del terreno adjudicado y la suma del coste de adquisición y de titularidad de las participaciones), con lo cual ambos importes quedan neutralizados. Las socias además recuperan el impuesto satisfecho por la sociedad disuelta mediante la imputación también de la cuota satisfecha por ésta.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

Se estima por la Inspección que la constitución de una sociedad transparente, para que actuase como tercera compradora de las participaciones sociales, tuvo como única finalidad evitar que la entidad adquirida perdiese su condición de transparente, lo que la hubiera obligado a tributar de manera definitiva por la plusvalía obtenida al disolverse, sin posibilidad de que sus socios recuperasen el impuesto satisfecho, efecto que se logró por aplicación del régimen de transparencia. En consecuencia, se considera que la constitución de la sociedad transparente, y su posterior absorción por una de las otras dos sociedades compradoras, se efectuó en fraude de ley.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Inspección, considerando como norma eludida el precepto de la LIS que determina la tributación de la plusvalía obtenida por la disolución de la sociedad, y como norma de cobertura la que regula los efectos del régimen de transparencia:

*«Para un mejor entendimiento de la argumentación que nos lleva a la referida conclusión, y al hilo de lo manifestado por el Abogado del Estado al contestar a la demanda, comenzamos por señalar que ante el deseo de adquirir el terreno de propiedad de [sociedad A] la opción más fácil y directa era la compra a esta sociedad, si bien ello supondría para ella una tributación al 35% de la plusvalía obtenida, para después, y por aplicación del régimen de transparencia fiscal -que recordemos resultaba de aplicación a aquella entidad-, imputarla al Sr. (...), que sufriría una tributación al 48% en su IRPF, aún cuando siempre descontándose la cuota satisfecha por [sociedad A].*

*Una segunda alternativa para quien deseaba hacerse con el terreno era la adquisición de las participaciones de [sociedad A], caso en el que el Sr. (...) tributaría en su IRPF al 15% sobre la diferencia entre el precio de adquisición y el de transmisión de los títulos, si bien, si se disolvía la sociedad y se adjudicaba el terreno a los socios, aquella habría de tributar por Impuesto de Sociedades, integrando en su base imponible "la diferencia entre el valor normal de mercado y de los elementos transmitidos y su valor contable" ( artículo 15.3 de la LIS de 1995), que se vería sometido al gravamen del 35%.*

*(...)*

*Por ello, y aún partiendo de la exposición de la recurrente, que prefiere mantener la opi-*

*nión de que la venta de las acciones de [sociedad A] por parte del Sr. (...) fue la forma de transmisión impuesta por éste, ha de mantenerse que el empleo de la misma para llegar a la finalidad perseguida entra dentro del ámbito de la economía de opción, pues se trata de una de las alternativas legítimas que el ordenamiento jurídico ponía a disposición de las partes.*

*En cambio, lo que ya no es economía de opción es el proceso de "rodeo" o "contorneo" (expresión del Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo) seguido por la recurrente y demás entidades compradoras para evitar el inconveniente de hacer frente a la plusvalía del solar, declarada por [sociedad A] con ocasión de su liquidación y disolución (artículo 15.3 de la LIS, al que antes no hemos referido).*

*En efecto, el inconveniente quedó "eludido" acudiendo, como en otras tantas ocasiones (así, Sentencia de 4 de julio de 2014, recurso de casación 1285/2012) a la cobertura del artículo 75.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, el cual dispone: "Las bases imponibles positivas obtenidas por las sociedades transparentes se imputarán a sus socios que sean sujetos pasivos por obligación personal de contribuir por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por este Impuesto.*

*No procederá la imputación cuando la totalidad de los socios sean personas jurídicas no sometidas al régimen de transparencia fiscal. En este supuesto la sociedad afectada no tendrá la consideración de sociedad transparente a ningún efecto.*

*La imputación resultará aplicable cuando las circunstancias a que se refiere el apartado anterior concurren durante más de noventa días del ejercicio social."*

*Siendo inicialmente la [sociedad A] una sociedad transparente -recuérdese que tenía un solo socio, persona física-, hubiera perdido esta condición al pasar a ser socios suyos dos entidades jurídicas, no sometidas al régimen de transparencia fiscal -[sociedades B y C]-, razón por la cual, pocos días antes de la adquisición de las participaciones se constituyó la [sociedad D] sometida, ahora sí, al régimen de transparencia fiscal (la escritura de venta de las acciones es de 30 de julio de 2001 y la constitución de la entidad tuvo lugar el 23 anterior). De esta forma, siendo también transparente la sociedad recientemente constituida, [sociedad A] no perdía dicha condición.*

*El mantenimiento de la calificación de transparente en [sociedad A] mediante la creación de una sociedad transparente siete días antes de producirse la transmisión de las participaciones de aquella, permitió evitar el coste fiscal que hubiera supuesto dentro del régimen general, la disolución de [sociedad A] y la división y adjudicación de su patrimonio, pues, como antes dijimos, la aplicación del artículo 15.3 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, hubiera significado la necesidad de que la entidad transmitente integrara en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable. En cambio, el régimen de transparencia fiscal permitía canalizar primero, y neutralizar después, la gran plusvalía del terreno propiedad de [sociedad A], de tal forma que si bien las sociedades adquirentes de sus acciones integraron en su base imponible la imputación correspondiente de la base de aquella, también se imputaron la pérdida fiscal derivada la amortización de las participaciones que, "al ser prácticamente de la misma cuantía, compensaba casi totalmente la base integrada", a lo cual ha de añadirse que también dedujeron también en su parte correspondiente la cuota ingresada por la [sociedad A]*

*A la vista de lo expuesto, y muy especialmente de la constitución de [sociedad D] siete días antes de la adquisición de las acciones de [sociedad A] y de su corta existencia, una vez cumplida su función de permitir la continuidad en la calificación de transparente, de la [sociedad A] y además sin llevar a cabo una sola actuación propia de su objeto social*

*de promoción inmobiliaria, la sentencia, de forma razonada y congruente, llega a la conclusión de que [sociedad D] fue una mera sociedad instrumental que permitió canalizar y neutralizar la plusvalía que llevaba consigo el terreno de propiedad de [sociedad A], eludiendo de esta forma -insistimos una vez más- la aplicación del artículo 15.3 de la Ley 43/1995, en el que se dispone que en los casos transmisión a los socios por causa de disolución, "la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable"» (Fundamento de Derecho 6º).*

### *III.1.9. Venta de una acción social a persona física, con la intención de lograr que la entidad participada pase a ser transparente antes de su disolución (IS)*

STS de 4 de julio de 2014 (Recurso 1285/2012)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad de mera tenencia carece de la condición de transparente por tener como dos únicos socios personas jurídicas no transparentes. El 30 de diciembre de 2002, ante la inminente entrada en vigor de la Ley 46/2002 (ya publicada), uno de los dos socios transmite una acción de la sociedad a una persona física. De este modo se logra que la sociedad pase a reunir el único requisito que le faltaba para estar sometida al régimen de transparencia. Durante el año 2003, la sociedad se disuelve, acogándose al régimen de la DT 2ª de la Ley 46/2002, lo que implica que la plusvalía acumulada en el terreno que constituye su principal activo no tribute a consecuencia de la disolución.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración tributaria declaró la existencia de fraude de ley en la venta de una acción social a la persona física, por lo que rechazó que la entidad hubiese adquirido la condición de transparente y declaró la improcedencia de aplicar el régimen transitorio previsto en la Ley 46/2002 para la disolución de sociedades transparentes.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Administración, al apreciar que concurren los requisitos necesarios para la declaración de fraude de ley:

*«En el presente caso, a juicio de la Sala, la operación controvertida de la venta de una acción de la sociedad recurrente a una persona física, aunque se hiciese por el Grupo (...), socio de [la sociedad recurrente], debe calificarse de fraude de ley.*



*No se ha discutido, en primer lugar, que la venta fue aceptada por la totalidad del capital social y, por ende, por la sociedad, dándose la circunstancia que los socios eran únicamente dos.*

*Existe, además, norma de cobertura y norma eludida.*

*La normativa básica de cobertura era la propia del régimen de transparencia fiscal, que aquí está representada por los artículos 75 y siguientes de la Ley 43/1995, de 27 de Diciembre, y muy especialmente, el art. 75.2 que declaraba improcedente la imputación de las bases imponibles positivas obtenidas por las sociedades transparentes a sus socios, sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de Sociedades, cuando la totalidad de los socios fueran personas jurídicas no sometidas al régimen de transparencia fiscal.*

*La normativa eludida era el art. 15.2 c ) y 3 de la ley 43/1995 en la parte relativa a disolución de sociedades. Precisamente para evitar la previsión del párrafo referido del art. 75.2 de la ley, se tuvo el cuidado de la entrada del socio persona física para incurrir en supuesto de transparencia fiscal y así poder acogerse luego a la disolución societaria sin el afloramiento de las plusvalías gravadas.*

*Asimismo, la producción de un resultado equivalente al derivado del hecho imponible resulta patente, pues la sociedad se disolvió, con adjudicación a los socios del haber social sin devengo del Impuesto.*

*Por otra parte, ante la concepción de fraude aceptado por la Sala, no cabe discutir si resulta aplicable también en los supuestos en que no se elude el hecho imponible, pero se busca de propósito un beneficio fiscal, pues el Tribunal Constitucional, en la sentencia 120/2005, de 10 de mayo, declaró que el fraude se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu.*

*Por otra parte, la compraventa de la acción no tenía sentido para el vendedor ni para el comprador por lo que carecía de motivación, salvo la de producir un cambio en el accionariado que se consideraba preciso para que la sociedad reuniese todos los requisitos exigidos a 31 de diciembre de 2002 para la aplicabilidad del régimen fiscal, con perfecto conocimiento del efecto que tal compra iba a tener, como consecuencia de la publicación de la ley 46/2002, en el caso de disolución en el ejercicio 2003, y, por tanto, con el propósito de evitar que el rendimiento obtenido por la sociedad tributase por el régimen general, sin que proceda mantener la existencia de otras normas validamente aplicables a las que el obligado podría haberse acogido, con igual resultado, y, más concretamente al régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores de la ley 93/1995, pues en los supuestos de reestructuración empresarial hay que justificar la existencia de motivos económicos válidos, lo que hacía a esta vía menos conveniente que la de la disposición transitoria 2ª de la ley 46/2002.*

*Finalmente, no se articuló el fraude de ley a través de principios instaurados por normas posteriores a la producción de los hechos acaecidos, toda vez que cuando se realiza el hecho, la ley 46/2002 había sido ya publicada, y siendo el régimen fiscal favorable la razón principal que determinó la operación, con abuso de formas jurídicas, pues la finalidad de la disposición transitoria 2ª era poner fin al régimen de transparencia fiscal y ordenar el tratamiento de las hasta entonces sociedades transparentes, estableciendo el no devengo de rentas si se procedía a su disolución» (Fundamento de Derecho 7º).*

*III.1.10. Sociedad familiar adquiere sociedad transparente y adelanta el cierre de su ejercicio. Posterior donación a la transparente y entrega de dividendo a cuenta (IS)*

STS de 20 de septiembre de 2012 (Recurso 6231/2009)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

La sociedad A, perteneciente a dos hermanos, adquiere la sociedad transparente B, que acaba de obtener una importante pérdida. A continuación la sociedad B acuerda adelantar el fin de su ejercicio, obteniendo una base imponible negativa (derivada de la pérdida que había obtenido inmediatamente antes de su compra por la sociedad A). Ya dentro del nuevo ejercicio, la sociedad B recibe una importante donación de los padres de los socios de la sociedad A, e inmediatamente acuerda el reparto de una cantidad equivalente a favor de ésta como dividendo a cuenta. Al concluir el nuevo ejercicio, la sociedad transparente B obtiene una base imponible cero, pues la renta positiva correspondiente al importe de la donación se neutraliza con la base imponible negativa pendiente del ejercicio anterior. Como consecuencia de ello, la sociedad B no debe imputarse base imponible positiva, y el dividendo percibido tampoco tributa, por provenir de una sociedad en régimen de transparencia.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La Administración considera, tras la tramitación del oportuno procedimiento especial, que el conjunto de operaciones realizadas por los socios en relación con las sociedades implicadas constituían fraude de ley, al tener como único propósito eludir el impuesto correspondiente a la donación que se pretendía realizar en favor de la sociedad original por parte de los padres de sus socios.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo coincide con la calificación administrativa de fraude de ley, pues se constata la existencia de un conjunto de operaciones jurídicas que, siendo legales si se consideran de manera aislada, no responden a la función jurídica propia de cada uno de los negocios realizados, y tienen como propósito exclusivo eludir la tributación:

*«Perfilada la figura del fraude de ley en el ámbito tributario, la Sala cuenta ya con los elementos de juicio necesarios para poder confirmar que, efectivamente, como entendió el TEAC y la sentencia recurrida, el conjunto de operaciones realizadas por los cónyuges*



*(...), que culmina con la donación a la sociedad transparente (...) [B] y con el dividendo repartido por ésta a la patrimonial no transparente (...) [A], y el consiguiente efecto traslativo a los hijos a través de ésta, encaja en el concepto de fraude de ley, en cuanto han sido realizadas con la intención evidente de eludir el pago del tributo correspondiente.*

*En efecto, se utiliza un conjunto de operaciones jurídicas (compra de sociedad con pérdidas, posterior venta para realizar una pérdida, préstamos sucesivamente objeto de cesión, reducción de capital, cambio del ejercicio social, donación a una entidad) que, siendo aisladamente consideradas legales, no persiguen la finalidad mercantil correspondiente a cada uno de los instrumentos utilizados, sino la exclusivamente tributaria de eludir las consecuencias fiscales previstas por la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y del Impuesto sobre Sociedades y, amparándose en las normas reguladoras de la transparencia fiscal y de la compensación de pérdidas, evitar la tributación de lo que, de haberse hecho a través de la operación usualmente destinada al efecto pretendido, --donación directamente a la sociedad en cuestión, (...) [A], en la que previamente se había posicionado a los hijos--, hubiera quedado sometido a la tributación prevista para ello. Ante un supuesto de adquisición de sociedades transparentes para aprovecharse del régimen beneficioso de la compensación fiscal, este Tribunal Supremo lo ha calificado de fraude de ley en sentencia de 18 de octubre de 2010.*

*Como advierte oportunamente el Abogado del Estado el hecho imponible contemplado por la recurrente es la donación pura y simple y que como tal, y dadas las circunstancias concurrentes en el donatario, quedó sustraído a la tributación. Lo que la Inspección contempló no fue la donación sino el incremento patrimonial derivado del acto dispositivo gratuito a favor de la sociedad donataria y ello constituye hecho imponible del Impuesto de Sociedades, según resulta del artículo 3 en relación con el 15.6 de la Ley 61/1978, sustraído de la tributación en virtud del elenco de negocios precedentes y que propiciaron aquel resultado.*

*Se ha diseñado un conjunto complejo de operaciones concatenadas que, legales en sí mismas, les permite acogerse a unas disposiciones (normas de cobertura) que, sin embargo, no persiguen finalidad económica o financiera alguna ligada a los negocios jurídicos realizados, y a la que no responde el beneficio que la norma de cobertura proporciona, sino la exclusivamente fiscal de eludir el pago del impuesto que correspondería de no haber articulado todo el montaje, hallándose al final los interesados con un resultado equivalente (aumento del valor de la entidad [A] y, por ende, de la participación que en ella tienen los hijos del matrimonio) al de haber realizado directamente la donación y satisfecho el Impuesto por ello debido.*

*Del conjunto complejo de operaciones realizadas se desprende que concurre el propósito de eludir el pago del tributo pues el único designio era que la donación efectuada por el matrimonio indicado por importe de 477.000.000 ptas. a sus hijos (únicos socios de [A]) no tributara en absoluto.*

*Nótese que nos hallamos ante la celebración en un breve lapso de tiempo -sustancialmente, entre 22 de diciembre de 1992, en que (...) [la sociedad B] suscribe la ampliación de capital de (...), y 10 de junio de 1993, en que (...) [la sociedad B] distribuye el dividendo a (...) [la sociedad A]-- de un conjunto de negocios jurídicos con el único objeto de que el matrimonio (...) pudiese donar 477.000.000 ptas. a la sociedad [A], perteneciente mayoritariamente a sus hijos, sin pagar fiscalmente nada.*

*Es cierto que tuvieron un coste extrafiscal de 49.916.000 ptas., que fue lo que tuvo que satisfacer (...) [la sociedad A] a la sociedad suiza para comprar (...) [la sociedad B]; precio con el que en realidad estaba "pagando" las pérdidas compensables, pues el activo real de la sociedad adquirida no llegaba a las 240.000 ptas.; pero hacer la donación a través de una*

*sociedad familiar -(...) [sociedad B] - tiene la ventaja de tributar al máximo del 35%, lo que le suponía un considerable ahorro fiscal (35% sobre 477.000.000=166.950.000).*

*Y todo ello dentro de lo que una legítima economía de opción autorizaba; pero es que los contribuyentes han querido eludir incluso la menor tributación al tipo del Impuesto sobre Sociedades mediante toda una maraña de operaciones, inoperantes en términos mercantiles y económicos, pero planificadas con el único objetivo de eludir la tributación, ya de por sí inferior, que el sistema tributario le permitía.*

*En este sentido, no se ha justificado ni tan siquiera explicado una finalidad mercantil o financiera, de mejora de la gestión patrimonial, ahorro económico, control de otras sociedades o de un determinado sector, etc. El único objetivo que se desprende de la estrategia es la de utilizar dos sociedades con el único fin de preparar el marco adecuado en el que el matrimonio pudiese hacer llegar el enriquecimiento deseado a la sociedad de cartera familiar en la que estaban mayoritariamente posicionados los hijos.*

*La finalidad de la compra de la sociedad (...) no era de índole económica, de reflotar la misma y entrar en el sector, ni de toma de control; el objetivo perseguido era adquirir unas pérdidas y con ellas el derecho a compensar unas bases imponibles negativas (que [sociedad A] se asegura en su contrato de compra de la empresa a la suiza [...] que, en el posterior paso, en que se recibe la donación, permitiesen neutralizar el impacto que el incremento representado por la donación suponía y así no hubiese base imponible alguna que imputar a [sociedad A].*

*Como hemos dicho en las sentencias de 8 de mayo de 2008 y 29 de abril de 2008 , es verdad que el principio de autonomía de la voluntad permite las operaciones descritas. Pero es indudable que necesitan ser explicadas cuando son cuestionadas.*

*Aquí en este litigio no se he dado ninguna explicación razonable de cuáles son las realidades económicas a las que se pretendía hacer frente con estas operaciones tan inusuales.*

*Los negocios jurídicos responden a necesidades de la vida real, pero la vida real no puede ser disfrazada. En nuestra opinión, aquí todo ha sido irreal. Se han montado negocios jurídicos que lo que pretendían era ocultar la realidad subyacente a ellos.*

*El cumplimiento de las formalidades legales propias de un negocio no hace a ésta real por ese solo hecho. Es necesario que responda a las peculiaridades que en cada caso concurrirán y que se den en la realidad de las condiciones que le hagan posible y razonable.*

*La vida económica y las decisiones que en este ámbito de la actividad humana se adoptan necesitan ser creíbles. Operaciones de la magnitud descrita, tanto en términos absolutos como relativos, exigen una explicación que en este recurso no ha sido siquiera intentada» (Fundamento de Derecho 8º).*

### *III.1.11. Aportación no dineraria de participación social a una sociedad transparente vinculada y posterior venta de la participación aportada (IRPF/IS)*

STS de 22 de marzo de 2012 (Recurso 2293/2008)

### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Dos cónyuges constituyen una sociedad transparente, aportando su participación social en otra sociedad. A efectos de la constitución, la participación aportada se valora en algo más de 7 millones de euros. La plusvalía obtenida por los cónyuges como consecuencia de la operación no tributa, por efecto de los coeficientes de abatimiento (al tener la participación aportada una fecha de adquisición muy lejana). De manera inmediata (el mismo día), la entidad recién constituida vende a un tercero la participación recibida por un precio de algo más de 3 millones y medio de euros. Se genera de esta forma una pérdida para la entidad, susceptible de ser compensada en ejercicios futuros.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963, aplicando al caso los efectos de la "norma defraudada", esto es, el precepto que determinaba la valoración de la plusvalía obtenida por los cónyuges como si éstos hubieran efectuado la transmisión directa de la participación a la adquirente final. En consecuencia, se considera no producida la disminución patrimonial correspondiente a la entidad transparente (ver el Antecedente de Hecho 1º).

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la apreciación administrativa de fraude de ley, rechazando expresamente que, como alegaban los interesados, las operaciones realizadas constituyan un supuesto de economía de opción:

*«El fraude de Ley es una forma de "ilícito atípico", en la que se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma (de cobertura), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. Así lo establece la STC 120/2005, de 10 de mayo (...).*

*Pues bien, sentada la doctrina interpretativa del fraude de ley y sus requisitos, no cabe duda alguna de que los hechos acreditados en la instancia y que la Sentencia de 24 de abril de 2008 considera probados, con la consiguiente exclusión de ser cuestionados o replanteados en la casación, permite apreciar la existencia de fraude de ley en la conducta de los recurrentes. En efecto, el 25 de mayo de 1994 y número de documento 1.290, se constituye la sociedad anónima (...), con un capital social de 7.212.145,25 euros, siendo ese capital suscrito por los cónyuges don (...) y doña (...), mediante la aportación de 128 y 164 títulos de la entidad (...), que se valoran en 7.206.135,13 euros; los seis mil euros (un millón de ptas.) restantes son suscritos, mediante aportación en metálico, por un hijo de los anteriores (...), y en la misma fecha y número de documento 1.291, la entidad antes constituida, vende a la sociedad holandesa (...) la totalidad de las acciones de la sociedad (...), por un importe de 3.606.072,63 euros.*

*Así pues, acierta la Sentencia impugnada cuando valora dichas operaciones como un fraude de Ley, dadas las consecuencias jurídico-tributarias que se producen, puesto que en los sujetos pasivos la transmisión de los títulos efectuada en 1994, no produjo ni un incremento ni una disminución patrimonial, por tratarse de títulos antiguos adquiridos antes de 1978, mientras que en la entidad (...) (Sociedad en Régimen de Transparencia) se produce una pérdida de 3.600.062,51 euros, que da como consecuencia una base imponible negativa en el ejercicio 1994 de 3.580.699,99 euros, que se compensa en los ejercicios posteriores con bases positivas.*

*De esta manera los recurrentes evitaron la secuencia inversa, pues si hubieran vendido sus participaciones a la entidad (...) [adquirente final] y con el importe de la venta - 3.606.072,63 euros- hubiesen constituido entonces la sociedad transparente (...), la sociedad así constituida dispondría del mismo capital efectivo que se alcanzó con la aportación no dineraria y posterior venta, pero en esa hipótesis se hubiese tenido que tributar por los beneficios obtenidos en el desarrollo de la actividad.*

*La conclusión es que las operaciones realizadas por los recurrentes supusieron la elusión fraudulenta del art. 3 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), en cuanto define como hecho imponible la obtención de renta por el sujeto pasivo, implicando un fraude de ley esta elusión de tributar por el Impuesto sobre Sociedades por los citados rendimientos, desvirtuando la verdadera naturaleza y finalidad del hecho imponible que las mencionadas operaciones suponían» (Fundamento de Derecho 4º).*

*«Tampoco resulta de recibo pretender enmarcar el fraude de ley cometido como ejercicio de la economía de opción -motivo tercero de casación-, puesto que no estamos ante un supuesto en el que el orden jurídico permita al contribuyente distintas posibilidades de actuación a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas, y que resultarían legítimas si no hubieran vulnerado los principios de capacidad económica y de justicia tributaria.*

*Por el contrario, la "economía de opción", que comporta una discrepancia interpretativa, no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal, como es el caso que nos ocupa, cuya conducta ya ha sido analizada y calificada en el fundamento anterior, sin que quepa invocar principio y opciones inaplicables» (Fundamento de Derecho 5º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 2536/2007, Fundamento de Derecho 7º), 22 de junio de 2016 (Recurso 2218/2015, Fundamento de Derecho 7º).

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO DIFERENTE (APARENTE CONTRADICCIÓN):

STS de 3 de mayo de 2012 (Recurso 73/2008): califica supuesto similar como simulación, aceptando la sanción y sin tramitación de expediente especial.

### *III.1.12. Aportación no dineraria de acciones de una sociedad a otra sociedad vinculada (en pérdidas), con posterior venta de los títulos (IS)*

STS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 2536/2007)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad A efectúa aportaciones no dinerarias de participaciones de la sociedad B a otras dos sociedades, C y D, en sendas ampliaciones de capital de éstas últimas (a su vez, dominadas previamente por la primera A). Las operaciones se valoran, a efectos de determinar las plusvalías gravadas en el IS de la aportante A, por su valor teórico según los libros contables (invocando la norma específica de la LIS vigente entonces para este tipo de operaciones). Con carácter más o menos inmediato en el tiempo (en cumplimiento de un pacto de todas las partes celebrado con carácter previo a las operaciones anteriores), las participaciones de la sociedad B son vendidas finalmente por D y C (ésta mediante una venta previa de las suyas a D, que es quien vende la totalidad del paquete) a un tercero (la sociedad E) por un valor (de mercado) muy superior al teórico. Las plusvalías obtenidas por C y D a efectos del IS no tributan en su totalidad de manera efectiva, pues se reducen mediante compensación de pérdidas pendientes de las entidades citadas.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963, aplicando al caso los efectos de la "norma defraudada", esto es, el precepto que determinaba la valoración de la plusvalía obtenida por la primera transmitente de las participaciones, en función del valor de transmisión final de las mismas:

*«El citado Director del Departamento de Inspección Financiera (...) dictó acuerdo de inicio del expediente especial para la declaración de fraude de Ley (...). En el acuerdo citado se establecían los hechos acerca de los cuales debía seguirse el procedimiento (...), debiendo destacarse del acuerdo lo siguiente: "Acompaña a dicha Propuesta un Informe sobre los hechos, circunstancias y fundamentos de derecho que motivan la iniciación del mencionado expediente señalándose que las operaciones respecto de las que se propone la iniciación del expediente especial de fraude de ley, y que a juicio de la Inspección encubrieron en parte un incremento patrimonial (...) son resumidamente (...)» [las que se exponen en nuestra "breve descripción del caso"]. «El Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (...), dictó acuerdo relativo a la declaración de existencia de fraude de ley» (Antecedente de Hecho 1º).*

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la apreciación administrativa de fraude de ley:

*«Pero la demandante no puede explicar el complejo entramado negocial realizado y que la lleva, en definitiva, a situar plusvalías tributarias en sociedades instrumentales que acumulaban bases negativas pendientes de compensación (...).*

*[L]o que se nos dice en ambos preceptos [se refiere a las dos versiones del art. 24 LGT de 1963, anterior y posterior a la reforma de 1995] es que pese a la prohibición de la analogía, no se incurre en ella ni en su prohibición al imponer la norma eludida cuando se ha actuado en fraude de ley bajo una norma de cobertura.*

*Por ello, y como no podía ser menos, tampoco difieren ambas redacciones del contenido del artículo 6.4 del Código Civil, a cuyo tenor "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir" (...).*

*Y es que, al margen de redacciones más o menos afortunadas, es característica común a la figura que en ellas se diseña, la concurrencia de las denominadas norma de cobertura y norma defraudada, de tal forma que se utiliza la primera, en su caso con formas artificiosas, para el eludir la aplicación de la segunda, obteniendo así un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico. De esta forma, existe en el fraude de ley el proceso de "rodeo" o "contorneo", a que se refiere el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo (...).*

*En el presente caso, [la sociedad A] quería transmitir su participación en [la sociedad B] a [la sociedad E] y ésta última deseaba adquirir dicha participación, por lo que nada hubiera impedido la venta de las acciones correspondientes de forma directa, eso sí, satisfaciendo el gravamen correspondiente a la plusvalía obtenida (...).*

*Sin embargo, en vez de seguir el camino directo de la enajenación, se lleva a cabo el "rodeo" o "contorneo" de las operaciones que han sido descritas en el Antecedente Primero, pero sobre todo en el Fundamento de Derecho Primero, del que al final resulta que [la sociedad E], efectivamente, se hace con las acciones de [la sociedad B] y, a su vez, [la sociedad A] con casi la totalidad de las letras de cambio utilizadas como medio de cobro y el resto del precio queda en poder de entidades instrumentales. Con el conjunto de operaciones llevadas a cabo (...) se logra eso sí, situar las plusvalías de las acciones de [la sociedad B] en las dos sociedades instrumentales indicadas, primero en [la sociedad C], por la venta a [la sociedad D], y luego en esta última, por la venta a [la sociedad E], con el efecto añadido de no tributación por dichas plusvalías, dado que las sociedades instrumentales tenían pérdidas compensables, lo que no ocurría en [la sociedad A].*

*En todo caso, debe ponerse de relieve que si la aportación de [la sociedad A] a las participadas hubiera pretendido una capitalización de estas últimas, no hubiera valorado la aportación muy por debajo del valor real (...).*

*Así las cosas, la norma de cobertura es el artículo 15.7.c) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, que regula el supuesto de incrementos de patrimonio para el caso de aportaciones no dinerarias (señalando que el mismo se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes o derechos aportados y la cantidad mayor de las tres siguientes: el valor nominal de la aportación, el valor de cotización en Bolsa de los títulos recibidos en el día en que se formalice la aportación o en el inmediato anterior o la valoración del bien aportado según los criterios estableci-*



*dos en las normas del Impuesto sobre el Patrimonio Neto), así como las normas mercantiles relativas al contrato de sociedad y aportaciones no dinerarias, a través de contratos en los que busca su efecto o causa típica.*

*En cambio la norma defraudada es el artículo 3 de la Ley 61/1978, que define el hecho imponible en la forma a la que antes nos hemos referido. Pero también lo es el artículo 15.1, en el que se establece que: "Son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente". E igualmente el artículo 15.4, que regula la forma de determinar el incremento patrimonial en cada caso.*

*Finalmente, la sentencia, que comparte plenamente, y así lo pone de manifiesto, la resolución administrativa declarativa del fraude (Fundamento de Derecho Decimo Segundo, antes transcrito), viene a constatar la existencia de un propósito elusivo que cierra el círculo de los presupuestos necesarios del fraude de ley tributaria» (Fundamento de Derecho 7º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 22 de marzo de 2012 (Recurso 2293/2008, Fundamento de Derecho 4º), 22 de junio de 2016 (Recurso 2218/2015, Fundamento de Derecho 7º).

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO DIFERENTE (APARENTE CONTRADICCIÓN):

STS de 3 de mayo de 2012 (Recurso 73/2008): califica supuesto similar como simulación, aceptando la sanción y sin tramitación de expediente especial.

### **III.2. DELIMITACIÓN DE NEGOCIOS Y OPERACIONES REALIZADAS EN FRAUDE DE LEY. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE COMPRA DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE EMPRESAS DEL GRUPO MEDIANTE ENDEUDAMIENTO Y GENERACIÓN DE GASTOS FINANCIEROS (1):**

**Constituye fraude de ley**, de acuerdo con el art. 24 de la Ley 230/1963, la adquisición de participaciones de otras empresas del grupo mediante préstamo o aplazamiento del pago y la correspondiente generación de gastos financieros, con la única finalidad de obtener un ahorro fiscal mediante su deducción en la base imponible. Para excluir el fraude de ley, la reorganización del grupo debe responder a una lógica empresarial, lo que exige ofrecer una explicación racional mínimamente verosímil de que la finalidad de las operaciones no era exclusivamente fiscal (criterio contradictorio,

al menos en apariencia, con el que se refleja en otras sentencias reseñadas más adelante).

*III.2.1. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera.  
Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)*

STS de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 3421/2015)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

A. ESP, sujeto pasivo del IS, compró a su única accionista A. EUR, no residente, participaciones de A. IB y ATD, ambas pertenecientes al mismo grupo. A tal efecto se concedió por la vendedora a la compradora un aplazamiento en el pago del precio. Los gastos financieros correspondientes al acuerdo de aplazamiento fueron objeto de deducción en la base imponible del IS.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963, apreciando la concurrencia de todos los requisitos a tal efecto:

1. Existencia de una norma defraudada (art. 4 LIS 1995, establecedora del gravamen de la renta del sujeto pasivo), y utilización a tal efecto de una norma de cobertura (art. 10.3 LIS 1995 y normas mercantiles que amparan las operaciones efectuadas).
2. Obtención de un resultado equivalente al del hecho imponible, pues las operaciones realizadas no producen variaciones en la situación del grupo empresarial con respecto a la que hubiera resultado de no llevarse a cabo dichas operaciones.
3. Propósito de eludir el impuesto, pues visto el "resultado equivalente" obtenido ningún otro propósito puede desprenderse de la operativa seguida.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo confirma el criterio administrativo y considera que la actuación del sujeto pasivo es constitutiva de fraude de ley, teniendo en cuenta que el conjunto de operaciones realizadas no responde a una lógica empresarial, y sólo puede explicarse por el objetivo de reducir impuestos. Por otra parte, la sentencia niega que esté vedado apreciar el fraude de ley



por el mero hecho de que la situación creada esté contemplada en una norma antielusiva específica (en este caso, el art. 20 LIS 1995, regulador de la subcapitalización), y admite la posibilidad de que, en supuestos de fraude de ley, la norma de cobertura coincida con la propia norma eludida (el art. 10.3 LIS 1995):

*«2. Como pone de relieve el Abogado del Estado, aquí no se trata de determinar qué negocio alternativo usual o común debió ser empleado por el contribuyente para la constitución de la estructura holding una vez que hubiera adoptado la matriz la decisión de reorganizar el grupo, como parece requerir el recurso, sino de ofrecer una explicación racional mínimamente verosímil de que la finalidad de las operaciones no era precisamente la de frustrar el resultado tributario impuesto por la norma aplicable. No es tanto pues, como parece exigir el recurso, que la obtención de ventajas fiscales condicione la realización de operaciones, como que la realización de operaciones con ese exclusivo fin no puede evitar la aplicación de las normas tributarias imperativas.*

(...)

*En resumen, cuando todas estas operaciones, en su conjunto consideradas, no responden a una lógica empresarial pues la compleja operativa se revela innecesaria y contraria a la eficiencia económica, de modo que no se habría llevado a cabo de no ser por la ventaja fiscal, la finalidad elusoria resulta evidente, pudiendo tenerse por probada la existencia de un propósito elusorio del impuesto que es otro de los requisitos constitutivos del fraude de ley en el art. 24 LGT [1963]: "... cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo...", que queda acreditado cuando, conforme a lo expuesto, los motivos invocados no son en absoluto convincentes.» (Fundamento de Derecho 4º).*

*«La finalidad de la norma de subcapitalización es pues evitar la manipulación de la financiación de sociedades del grupo mediante la elección de capitalización o endeudamiento en función de motivos fiscales; pero esta norma parte como presupuesto lógico de que las necesidades de financiación sean reales, es decir, se correspondan con las necesidades derivadas del tráfico de la sociedad o de operaciones de inversión auténticas y no meras reordenaciones formales, y tengan entonces que optar por una u otra fórmula de financiación, lo que no se da en el presente caso.*

*Pues bien, aquí lo que se está cuestionando no es la validez o legalidad de cada una de las transacciones o pasos realizados, sino todo el entramado de operaciones, sobre el fundamento de considerar la Inspección que las transmisiones de participaciones entre empresas del grupo y con financiación de empresas del grupo no presentan un contenido económico real sino que tienen como motivo único el fiscal de reducción de la base imponible del Grupo; por ello esas necesidades de financiación, a juicio de la Inspección, no son tales, considerando que se han articulado las operaciones de trasvase de participaciones intragrupo para provocar una aparente necesidad de financiación. Por eso, aunque traten de incardinarse en ellas, no es este el ámbito en el que se plantea el caso aquí analizado, como tampoco lo es el de las operaciones vinculadas o precios de transferencia ( art. 16 LIS), al que la recurrente trata de trasladar la cuestión.*

*(...) En definitiva, no se está ante un supuesto de regularización por defraudación de normas netamente de medición de rentas sino ante un supuesto de regularización por entender la Inspección que se encuentra ante un caso en el que el contribuyente pretende hacer valer la obtención de una renta negativa artificialmente generada a través de un entramado complejo a fin de que la obtención de la renta positiva obtenida por la enti-*

*dad operativa del Grupo en España quede sin tributar, y ello en contra del espíritu de las normas tributarias aplicables.* (Fundamento de Derecho 5º).

*«Respecto del alegato de la recurrente acerca de la incoherencia de considerar que la norma de cobertura sea la misma que se dice defraudada, se trata de una alegación que no puede ser estimada porque, como hemos dicho en la sentencia de 4 de diciembre de 2008 (casa. 4840/2006), con un criterio que ha sido reiterado en la sentencia de 25 de febrero de 2010 (casa. 4820/2006), existe la posibilidad de que coincidan norma de cobertura y norma defraudada.*

*(...) En fin, la posibilidad de coincidencia ha de admitirse siempre a partir de una concepción moderna del fraude como es la que se establece en el Código civil, cuyo artículo 6.4 no coloca frente a la norma de cobertura otra concreta y distinta, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto».* (Fundamento de Derecho 6º).

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 5 de febrero de 2015 (Recurso 4075/2013, Fundamento de Derecho 5º), de 12 de febrero de 2015 (Recurso 184/2014, Fundamento de Derecho 6º), de 16 de marzo de 2016 (Recurso 3162/2014, Fundamento de Derecho 8º), de 23 de marzo de 2015 (Recurso 682/2014, Fundamento de Derecho 6º, y Fundamentos de Derecho 7º al 9º), de 19 de julio de 2016 (Recurso 2553/2015, Fundamentos de Derecho 9º al 12º).

#### *III.2.2. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera. Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)*

STS de 19 de julio de 2016 (Recurso 2553/2015):

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Supuesto análogo al de la sentencia extractada en el epígrafe precedente.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración, como en el supuesto anterior, aprecia la existencia de fraude de ley en la actuación del sujeto pasivo, basándose en similares consideraciones.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda el criterio administrativo, si bien introduce (como elemento argumental diferenciador respecto a la sentencia anterior) la cuestión de los límites a la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público (art. 1255 Código Civil). A tal efecto, razona que la realiza-

ción de negocios carentes de lógica empresarial (es decir, que sólo se pueden explicar por el propósito de reducir la tributación), no pueden pretenderse amparados por el ordenamiento jurídico, lo que legitimaría al poder público para desconocer sus efectos o, lo que es lo mismo, considerarlos inexistentes. Por otra parte, la sentencia desliza cierto desacuerdo con la tramitación que la Administración hizo de un procedimiento especial de fraude de ley, al entender que ni siquiera era necesario adoptar dicha garantía formal (e incluso podría haberse planteado la imposición de las sanciones pertinentes). Sin duda, en relación con esta apreciación del Tribunal, es importante señalar que la sentencia alude a la ausencia de causa en los negocios realizados (lo que parece aproximar los hechos, en la perspectiva del Tribunal, a un supuesto de simulación, aunque no se diga abiertamente). Finalmente, el Tribunal Supremo rechaza (contestando las alegaciones del recurrente en tal sentido) que la apreciación de fraude de ley suponga en ningún caso vulneración de las libertades de establecimiento y de circulación, ni tampoco del principio de confianza legítima, consagrados por el Derecho de la UE. E igualmente rechaza que la actuación administrativa haya vulnerado los Convenios de Doble Imposición:

«Sobre el fraude de ley

A) *Planteamiento general:*

*Ha de entenderse todo lo que se diga sobre esta cuestión al ámbito tributario, único sector de la realidad social sobre el que incide nuestro pronunciamiento.*

*Operaciones del tipo de la aquí controvertida viene siendo defendidas en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Es manifiesto que así es cuando al ámbito exclusivamente personal se reduce el acto examinado, y a este ámbito se restringe «su alcance y efectos». Sus defensores llegan, sin embargo, mucho más lejos y pretenden que esas decisiones personales pese a trascender lo personal e incidir en lo jurídico, y demandar una actitud activa de la comunidad en defensa de ellas, sean avaladas por ésta sin otro límite que no sea el de la voluntad individual expresada. Se incurre así en una contradicción patente porque, por un lado, se exige que las determinaciones personales, por incidir en el ámbito privado, no puedan ser limitadas; pero, inmediatamente después, se exige que la sociedad y el derecho reconozcan a esas determinaciones personales, eficacia jurídica y pongan todo su aparato coactivo en aras de su defensa.*

*No ofrece dudas, empero, que el respeto de las determinaciones personales por el poder público, la comunidad, exige que estas se produzcan en el modo y forma que el ordenamiento jurídico establece tanto de naturaleza sustantiva como formal si se pretende el amparo de éste. Si las determinaciones personales no cumplen estas exigencias, el ordenamiento jurídico no solo puede sino que debe desconocerlas, porque hacerlo de otra manera supondría consagrar la anarquía y la violación de los valores e intereses comunes que, precisamente, el ordenamiento jurídico está llamado a salvaguardar, y cuya defensa es, precisamente, la justificación de su existencia.*

*(...) De lo dicho se obtiene una primera percepción y es la de que una operación eco-*

*nómica, como la descrita, de un monto económico anual que supera los 50 millones de euros, con una proyección temporal de hasta 50 años (¿por qué no 100 o 1000 años?) y por la que se pretende que sea computada como intereses financieros deducibles es patente que necesita sólidas razones de todo orden para poder ser aceptada. Esas justificaciones no se han dado. Expondremos el cúmulo de argumentos que se oponen a que estas decisiones personales puedan ser acogidas por el Ordenamiento Jurídico.*

*1º. El artículo 1282 del Código Civil establece: «Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.»*

*Según el informe técnico aportado por la entidad actora, al folio 34, el préstamo total de 636 millones de euros fue liquidado totalmente (préstamos más intereses en dos pagos en enero de 2011 y 1 de junio de 2012) habiendo devengado hasta el 30 de junio 555 millones de euros en concepto de intereses (mismo informe página 10).*

*Conviene tener presente que para el ejercicio 2011 se había establecido una redacción al artículo 20 de la Ley reguladora del Impuesto de Sociedades que limitaba la cantidad deducible por el concepto de intereses. Limitación de deducción que fue acentuada por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introduce diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (BOE de 31 de marzo) y Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio).*

*(Llama poderosamente la atención que las partes no hayan hecho mención a una circunstancia tan decisiva).*

*Efectivamente, si el contrato de préstamo que financiaba la ampliación de capital se configuró con una duración de 50 años -hemos comentado que los partidarios de la plenitud de la autonomía de la voluntad lo podían haber hecho a 100 o a 1000 años- no se entiende su extinción en la temprana fecha de 2012 si además, producía las ventajas económicas que la actora afirma, salvo que, efectivamente, la ampliación de capital y el contrato de préstamo se conformaran con la única finalidad de producir la elusión fiscal cuestionada.*

*La Sala entiende que los hechos hablan -clamorosamente- por sí solos y las entidades involucradas, entre ellas la actora, acordaron dejar sin efecto una operación que había dejado de tener sentido para ellas, desde el momento en que desaparecía la ventaja fiscal buscada.*

*2) Lo expuesto y la conclusión precedente [h]echa [sic] por tierra las explicaciones de quienes en este litigio mantienen la razonabilidad y economicidad de la operación litigiosa, pues si estas razones existieran alguien debería habernos explicado y justificado, lo que no se ha hecho, que en el año 2012 desaparecieron las ventajas económicas y organizativas que estaban en el origen y concepción de la operación» (Fundamento de Derecho 9º).*

*«La reorganización empresarial existió, pero es indudable que la reorganización empresarial pretendida no requería una operación económica como la emprendida.*

*La explicación que a esta conducta se da desde el entorno empresarial es la de que corresponde al empresario adoptar las medidas que se estimen empresarialmente pertinentes en cada momento sin que las mismas puedan ser contrastadas por terceros.*

*Esta, y no otra, es la cuestión crucial de este recurso, establecer los límites de la Autonomía de la Voluntad siempre en el ámbito tributario, por cierto, que en sentido etimológico, autonomía es auto normarse, no auto determinarse.*

*Pero aceptado que la autonomía de la voluntad es esencial al ser humano, sin cuya concurrencia no se puede decir que exista persona, hay que, añadir de modo inmediato que los ámbitos de la autonomía personal y la autonomía jurídica no son coincidentes. En el orden personal esa autonomía es plena y salvo los límites naturales pocos pueden establecerse. Otra cosa es el ámbito jurídico sea o no empresarial la autonomía que se enjuicia pues la autonomía personal tiene una proyección social cuando se ejerce en el ámbito jurídico y debe tener necesariamente los límites que la vida social impone y que no son otros que los establecidos en el artículo 1255 del Código Civil, interpretados conforme a los parámetros hoy aplicables. Es decir, los límites establecidos por las leyes (incluida la Constitución) la moral (en la que habrá de entenderse incorporada la publicidad, la transparencia y la capacidad de explicar razonablemente cualquier decisión, la ejemplaridad entendida como cumplimiento satisfactorio del Ordenamiento Jurídico, la atención de los derechos de todos los interesados no solo de los titulares de la propiedad, la incorporación de mecanismos de participación en sus órganos y decisiones, junto a una atención constante a la realidad socio- económica que atempere y module decisiones puramente económicas), y el orden público, comprendido en términos constitucionales.*

*Desde esta perspectiva parece una obviedad concluir que una reorganización empresarial en la que las entidades participadas dependen de una entidad superior en su totalidad no puede tener el respaldo del ordenamiento jurídico si lo que pretende es una elusión fiscal de más de 50 millones de euros anuales, y eso y no otra cosa es lo que aquí acontece, aunque se haya disfrazado de ampliaciones de capital perfectamente legítima y préstamo ordinario para financiar esas ampliaciones.*

*(...) Los límites que a la Autonomía de la Voluntad suponen las leyes, la moral y el orden público en los términos en que antes nos hemos referido, impiden que operaciones de esta naturaleza puedan ser respaldadas por el ordenamiento jurídico. Naturalmente que una empresa puede gastar sus ingresos en el modo y forma que tenga por conveniente, pero lo que no puede es hacer pasar esos intereses por gastos deducibles, que es lo que aquí se pretende, decisiones voluntaristas con pobre resultado organizativo, y con escasa racionalidad económica, sobre todo si se piensa que hay alternativas mejores. Salvo que se explique, lo que no se ha hecho, que el método ideado era el idóneo para la consecución del fin pretendido, o, al menos, tan idóneo como otros la deducción invocada no puede ser admitida (...).*

*No se trata, como ya hemos dicho en otras sentencias, de justificar en abstracto las ventajas generales de la organización proyectada y la operación económica realizada. Lo importante es acreditar que la reorganización aquí y ahora pretendida ha supuesto unas concretas y específicas ventajas y que la operación efectuada ha tenido unos resultados positivos que no tienen que ser exclusivamente económicos, o, alternativamente la razón por la que esas previsiones positivas se han visto frustradas.*

*Esta prueba no ha sido tampoco efectuada y por tanto ha de rechazarse la tesis de la recurrente» (Fundamento de Derecho 10º).*

*«[D]esde la perspectiva del «fraude de ley» es evidente que si los fines pretendidos podían haberse conseguido con una mera reorganización empresarial, acompañados, si hubiera sido requerido, de medidas adecuadas y pese a ello se ha optado por llevarse a cabo las operaciones enjuiciadas con los costes económicos contemplados y con los efectos elusivos descritos, es indudable que se está en presencia, por lo menos, de la figura que nuestra LGT prevé en su artículo 15. (...)*

*Precisamente, aquí radica la clave de nuestro rechazo de la tesis de la actora, no parece que ese control directo, que se transforma en indirecto, y que es en último término la clave de la reorganización empresarial, exija una operación de las proporciones de la que aquí se examina.*

*Por eso, son irrelevantes las quejas que sobre el olvido de los parámetros doctrinales que sirven para enjuiciar la procedencia de las operaciones se reprochan a la Inspección. Como tampoco la validez de los diferentes negocios celebrados. Lo que se cuestiona, otra vez, es la proporcionalidad de la operación a la vista del control de prácticamente el 100% que la entidad matriz tenía, ya en su origen, sobre las entidades participadas.*

*La sentencia del TJCE, caso Basel, que se cita, es aquí inaplicable por la elemental consideración de que allí la ampliación de capital generadora del préstamo no era objeto de discusión, en tanto que aquí, y como en tantas veces hemos dicho ya, es la clave del litigio» (Fundamento de Derecho 11°).*

*«Las normas de cobertura reguladoras de los negocios de ampliaciones de capital y préstamos han sido extrínseca y formalmente respetadas pero frontalmente violadas en su esencia pues los negocios jurídicos que las amparan carecen de causa por la elemental consideración de que después de todo el complejo negocio efectuado la estructura básica del grupo es la misma que al comienzo de las operaciones. El poder de la entidad matriz sobre las entidades participadas no ha variado.*

*La contraprestación que requiere la causa, como presupuesto de todo negocio jurídico, exige por su propia naturaleza una modificación en la estructura patrimonial del grupo contratante que aquí no se ha producido (la matriz sigue con la misma titularidad que al comienzo y los cambios accionales en las participadas son irrelevantes).*

*Siendo patente, a nuestro juicio que las normas de cobertura no son, ni de lejos, suficientes para justificar los negocios celebrados es la evidencia misma cuales son las normas defraudadas que no son otras que las que fijan las bases del impuesto y las que regulan las normas para llegar a su determinación» (Fundamento de Derecho 12°).*

*«Es manifiesto que en la problemática aplicada no existe elemento alguno de derecho comunitario, si se tiene presente que el punto crucial debatido es la deducibilidad de los intereses financieros. El elemento extranjero se encuentra en el hecho subyacente, el contrato generador del préstamo, y en su análisis, habremos de operar y operamos con las reglas comúnmente aceptadas.*

*En este sentido también esta Sala manifiesta su sorpresa por haber acudido la Administración Tributaria al procedimiento de fraude de ley en un asunto de las características del que se decide.*

*Pero nuestra extrañeza es radicalmente diferente a la expresada por la parte, y ello porque el procedimiento legal escogido, por ser una previsión legal es aplicable a supuestos en los que concurren las circunstancias legales que la hacen aplicable. Nuestra extrañeza radica en el hecho de que en los innumerables asuntos que hemos resuelto, semejantes al que ahora se decide, la Administración ha optado por un mecanismo de pura y sencilla regularización no sujeta a las limitaciones sustantivas (sanciones) y procedimentales que este procedimiento de fraude de ley comporta.*

*Nuestra sorpresa radica en el mecanismo claramente favorable al recurrente que la Administración ha utilizado, lo que no sucede en supuestos sustancialmente análogos al que ahora se decide.*

*Por eso, a pesar de lo manifestado por el recurrente, el uso de este procedimiento es, contrariamente a lo que expresa, en su favor y no en su contra» (Fundamento de Derecho 13°).*

*«- Libertad de establecimiento*

*Por lo que hace a la libertad de establecimiento el recurrente expone en qué consiste la «libertad de establecimiento» citando al efecto las sentencias que estima conveniente*



*(Baars, Lakhorst-Hohorst, Metallgesellschaft Ltd. y las que estima convenientes, sobradamente conocidas).*

*Hemos dicho anteriormente que en la regularización practicada no hay elemento de derecho comunitario, por lo que el asunto ha de ser resuelto exclusivamente desde los parámetros del derecho interno, pues de lo que se trata estrictamente es de tener por acreditados o no la realización de ciertos gastos financieros. Conclusión que excluiría de raíz la alegación sobre la infracción del derecho comunitario.*

*(...) El recurrente manifiesta: "La decisión adoptada reconoce expresamente la validez de los negocios efectuados y sin embargo los priva de sus efectos fiscales, bajo el pretexto de que han sido exclusivamente realizados con la finalidad de reducir el Impuesto sobre Sociedades español. En conclusión, lo que realmente está haciendo el TEAC es negar la deducción de intereses satisfechos a una entidad no residente, pero residente en la Unión Europea, como consecuencia de la compra de la participación de una sociedad española, en clara infracción de la libertad de establecimiento ejercida por SLFL y por SLSE."*

*Al hacer esta afirmación se altera sustancialmente el debate, lo que se hace no es, como él afirma: "...negar la deducción de intereses satisfechos a una entidad no residente..." sino que los negocios jurídicos generadores de los intereses discutidos, pese a que formalmente se celebraron, carecían de causa lo que hace improcedentes tales intereses. Por eso las sentencias comunitarias que se citan tienen poco que ver con lo aquí controvertido, pues aquí, y no en los asuntos que se invocan, la esencia de la cuestión está en la invalidez de los negocios previos para obtener el fin pretendido, es decir, la reorganización practicada no requería los negocios practicados» (Fundamento de Derecho 14º).*

«Libertad de capitales

*Por lo que hace a la libertad de capitales habrá de reiterarse todo lo antes dicho sobre la inexistencia de vínculo de derecho comunitario.*

*(...) Afirmar que la denegación de los intereses controvertidos constituye una infracción del principio de confianza legítima, se justifica en el uso de los derechos de defensa. Pero la realidad es que no se presenta un caso propio "sustancialmente idéntico" que permitiera a la recurrente invocar ese principio. Salvo vagas referencias tampoco parece que exista un tercero que haya sido tratado de modo distinto en iguales circunstancias. Contrariamente, y como ya hemos dicho, los ciudadanos nacionales vienen siendo tratados con mucha mayor severidad en situaciones sustancialmente análogas a la contemplada en este litigio, a como lo ha sido la entidad recurrente» (Fundamento de Derecho 15º).*

«Vulneración de los Convenios de Doble Imposición

*Se refiere la parte, finalmente, a la vulneración de los Convenios de Doble Imposición.*

*También aquí hemos de insistir en lo que constituye el elemento esencial de este proceso, la determinación de su perímetro, en este caso subjetivo.*

*La regularización practicada tiene su origen en el derecho interno y se efectúa con referencia a una entidad domiciliada en España.*

*No hay elemento por el que se pueda estimar involucrada entidad alguna extranjera. Es claro que la entidad nacional podría argumentar que se deniegan los gastos controvertidos por provenir de negocios celebrados con una entidad extranjera. Pero eso no es lo sucedido. El rechazo del gasto se origina en que el negocio en el que pretende sustentarse se ha hecho en fraude de ley con independencia de la cualidad nacional o extran-*

*jera del contratante, y a tal efecto poco importa que exista un Convenio de Doble Imposición, pues el vicio relevante es ajeno al elemento extranjero» (Fundamento de Derecho 16°).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 5 de febrero de 2015 (Recurso 4075/2013, Fundamento de Derecho 5°), de 12 de febrero de 2015 (Recurso 184/2014, Fundamentos de Derecho 6° al 8°), de 16 de marzo de 2016 (Recurso 3162/2014, Fundamento de Derecho 8°), de 23 de marzo de 2015 (Recurso 682/2014, Fundamento de Derecho 6°, y Fundamentos de Derecho 7° al 9°), de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 3421/2015, Fundamentos de Derecho 4° al 6°).

#### *II.2.3. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera.*

*Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)*

STS de 12 de febrero de 2015 (Recurso 184/2014):

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Supuesto análogo al de las sentencias extractadas en los dos epígrafes precedentes.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración, como en los supuestos anteriores, aprecia la existencia de fraude de ley, basándose en similares consideraciones.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio administrativo y, tras reproducir idénticos argumentos a los de las sentencias reseñadas en epígrafes anteriores, rechaza asimismo (ante las alegaciones del recurrente en tal sentido) que la apreciación de fraude de ley suponga en ningún caso vulneración de las libertades de establecimiento y de circulación consagradas en el Tratado de Funcionamiento de la UE:

*«En relación con la posible restricción de la libertad de establecimiento por la tributación que un Estado miembro haya dispensado a los beneficios procedentes de actividades económicas en el seno de grupos de sociedades multinacionales, el TJUE proclama en la sentencia 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the thin Cap Group Litigation (asunto C-524/04):*

*(...)*



*Ante esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hemos de rechazar la infracción de la normativa comunitaria, pues la Administración tributaria, en una actuación que, a priori, podría parecer restrictiva de la libertad de establecimiento, cumplió con los estándares comunitarios: razón imperiosa de interés general y/o conducta abusiva.*

*Bajo el prisma de la existencia de una razón imperiosa de interés general, la práctica que detecta y corrige la Administración tributaria constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE, reflejada en el BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Action Plan, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, habiéndolo reconocido también el legislador español ante el nuevo tratamiento de a deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades dado por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo. Efectivamente lo que buscó y provocó la matriz alemana a través de préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones fue erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de baja tributación, sin otra razón económica o empresarial que los justificara.*

*Pero no solo es una preocupación actual de la OCDE, también lo es de la Unión Europea, como se deduce de la recomendación que la Comisión emitió sobre la planificación fiscal agresiva el 6 de diciembre de 2012, Considerandos 7 y 8.*

*En cuando al abuso de derecho, detrás de la operación de financiación y compra venta de las acciones de MHBR y MHAR no existe ningún motivo económico válido que justifique el préstamo y la adquisición de las acciones por parte de MHES, por todas las razones apuntadas por la Sala de instancia en la sentencia recurrida. Por consiguiente, contrariamente a lo que sucedía en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2006 , Cadbury Schweppes (asunto C-196104), la operación enjuiciada en el presente recurso carecía de una auténtica sustancia económica, siendo la finalidad fiscal la única destacable.*

*Por lo expuesto, procede desestimar este motivo de casación, resultando razonable y proporcionada la restricción que la Administración tributaria hizo de la invocada libertad de establecimiento» (Fundamento de Derecho 7º).*

*«Puede reiterarse aquí lo dicho en el motivo anterior a propósito de la posible restricción de la libertad de establecimiento y de la doctrina proclamada en la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007 (Test Claimants in the thin Cap Groups Litigation) (asunto C-524/04). La conclusión es que no se da incompatibilidad alguna de la sentencia impugnada con el Derecho comunitario por no existir infracción de la libre circulación de capitales, lo que nos lleva a desestimar este motivo de casación al resultar también proporcionada y razonable la restricción que la Administración tributaria hizo de la invocada libre circulación de capitales» (Fundamento de Derecho 8º).*

#### OTRAS RESOLUCIONES EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 9 de febrero de 2015 (Recurso 3971/2013, Fundamentos de Derecho 7º al 9º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3819/2013, Fundamento de Derecho 19º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3908/2013, Fundamento de Derecho 5º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 948/2014, Fundamento de Derecho 8º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3976/2014, Fundamento de Derecho 3º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4044/2014,

Fundamento de Derecho 2º, motivos 12º al 14º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4134/2014, Fundamento de Derecho 7º.2.CJ), de 16 de marzo de 2016 (Recurso 3162/2014, Fundamento de Derecho 8º), de 19 de julio de 2016 (Recurso 2553/2015, Fundamentos de Derecho 14º al 16º), ATS de 17 de julio de 2015 (Incidente 184/2014).

### **III.3. DELIMITACIÓN DE NEGOCIOS Y OPERACIONES REALIZADAS EN FRAUDE DE LEY. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE COMPRA DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE EMPRESAS DEL GRUPO MEDIANTE ENDEUDAMIENTO Y GENERACIÓN DE GASTOS FINANCIEROS (2):**

**No constituye fraude de ley** por sí sola la mera utilización de la compra de sociedades del grupo mediante préstamo o aplazamiento como alternativa negocial. La apreciación del fraude de ley exige que la Administración acredite con pruebas suficientes su concurrencia, evidenciando que la operación es artificiosa y carece de motivos distintos de la consecución de un gasto deducible (criterio contradictorio, al menos en apariencia, con el que se refleja en otras sentencias reseñadas anteriormente).

*III.3.1. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera.*

*Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)*

STS de 20 de mayo de 2016 (Recurso 2945/2014)

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

CP HOLDING, sujeto pasivo del IS, compró en distintas fechas a su accionista NII, no residente, participaciones de CP HELLAS para obtener la mayoría del capital en esta última entidad, también no residente y perteneciente al mismo grupo mundial. Ambas compras fueron financiadas mediante sendos préstamos concedidos a CP HOLDING por entidades financieras extranjeras. Los gastos financieros correspondientes a las operaciones de préstamo fueron objeto de deducción en la base imponible del IS.

#### **CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963, considerando que la adquisición de las participaciones se limitó a pro-

ducir cambios formales en la titularidad de las empresas dentro del grupo, sin añadir ninguna variación significativa en la gestión y administración de las sociedades españolas, así como que los mismos resultados pudieron haberse obtenido con la aportación no dineraria de las participaciones a CP HOLDING, en lugar de instrumentarse mediante una compraventa.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo rechaza la apreciación administrativa, al entender que, estando la Administración obligada a acreditar con pruebas suficientes la presencia del fraude de ley, no se cuestionó a tal efecto la presencia de motivos económicos válidos, siendo la compra de las participaciones financiadas con deuda una alternativa tan legítima como la aportación no dineraria, y sin que pueda decirse que la elección de esta operativa se hiciera con la exclusiva finalidad de erosionar la base imponible:

*«Lo primero que se advierte es que el acuerdo no cuestiona las adquisiciones realizadas por inexistencia de motivos económicos válidos, al tratarse de un simple intercambio de participaciones dentro del Grupo, sino que se centra en el endeudamiento de la entidad, por producir unos gastos financieros en España que supusieron reducción en la base imponible.*

*Ante esta realidad, resulta difícil admitir que lo que se buscó con los préstamos concedidos a la entidad recurrente para financiar la compra de participaciones fue exclusivamente erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, y trasladando los intereses y los beneficios a accionistas no residentes, todo ello en perjuicio de Hacienda y a favor del grupo mundial.*

*Por otra parte, no cabe desconocer que la adquisición de CP HELLAS no fue una operación aislada, pues en años anteriores se procedió a la adquisición de las filiales española y portuguesa, si bien a través de aportación no dineraria, cubierta con una ampliación de capital, sin que del cambio de la metodología en este caso, compra de acciones financiadas con deuda y aportaciones no dinerarias, pueda inferirse sin más que el objetivo principal de la operación fuese exclusivamente el fiscal, pues nos encontramos ante dos alternativas plenamente válidas.*

*Además, en el presente caso el origen de la financiación fue exterior al Grupo, admitiéndose que la inversión permitió obtener dividendos, aunque luego estuvieran exentos de tributación en España, al ser beneficiarios accionistas no residentes.*

*Finalmente, hay que reconocer, que como declaramos en la sentencia de 26 de febrero de 2015, cas. 4072/2013, 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» (Fundamento de Derecho 8°).*

### III.3.2. Endeudamiento de una sociedad residente para la adquisición de una sociedad del mismo grupo a la matriz extranjera.

#### *Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)*

STS de 26 de febrero de 2015 (Recurso 4072/2013)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

GSK, sujeto pasivo del IS, compró a su sociedad matriz GSKIL, no residente, las participaciones de GW, sujeto pasivo del IS, pertenecientes todas al mismo grupo mundial. La compra se financió con un préstamo concedido a GSK por una entidad financiera extranjera perteneciente también al mismo grupo mundial. Los gastos financieros correspondientes a las operaciones de préstamo fueron objeto de deducción en la base imponible del IS.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración considera que la operación constituye fraude de ley, de acuerdo con el art. 24 LGT 1963, por no haberse acreditado la existencia de razones económicas convincentes para llevar a cabo la integración de GW en GSK mediante una operación de compra y el correlativo endeudamiento, lo que provocó gastos financieros innecesarios, con el efecto de erosionar la base imponible.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo rechaza la existencia de fraude de ley (con un voto particular discrepante), considerando que la Administración no ha acreditado suficientemente el carácter artificioso de la operación y su finalidad exclusivamente fiscal, ya que el endeudamiento para la compra de las participaciones de otras sociedades del grupo constituye una práctica usual en los procesos de reestructuración empresarial, poniéndose de manifiesto en este caso que la operación perseguía otras finalidades distintas de la mera obtención de un ahorro fiscal:

*«Como se pone de manifiesto en el Informe pericial el endeudamiento en procesos de reestructuración no sólo es habitual y razonable siendo empleado con frecuencia en el tráfico mercantil, sino que incluso reporta en determinadas circunstancias indudables ventajas económicas y mercantiles, como parece que así ha sido respecto de la entidad demandante. Lo que indica que, sin perjuicio que pueda buscarse beneficios fiscales, no resulta extraño o ilógico las operaciones realizadas dentro de un proceso de reestructuración empresarial, y que bien cabe identificar en la operación también en la necesidad de integrar a ambos Grupos.*

*En definitiva, prescindiendo del caso concreto, y con carácter general, cabe afirmar que*

*el mecanismo utilizado resulta normal y racional dentro de procesos de reestructuración empresarial, lo que claramente identifica la persecución de otras finalidades en las operaciones de compra y préstamo que la meramente tributaria, de suerte que la obtención de un beneficio fiscal, que indudablemente se deriva y que, en principio, resulta legítimo, no parecer ser la única finalidad perseguida con carácter general.*

*Ya se ha puesto de manifiesto el fenómeno de la elusión fiscal de compañías multinacionales mediante ingeniería fiscal en el que se consigue la deducibilidad de los gastos financieros derivados de la financiación de las sociedades que conforman dichas compañías en casos parecidos al que nos ocupa, y que ha dado lugar a reformas legislativas con cláusulas específicas para hacer frente a estas prácticas, que al menos formalmente se ajustaban a la legislación aplicable. Pero ello no puede conllevar una presunción de fraude aplicado en los supuestos de prácticas generalizadas y sostenidas en el tiempo sin reacción de la Administración para corregir la práctica seguida, de suerte que en todos estos supuestos se parta como premisa a desvirtuar que existe un fraude de ley, sino que ha de estarse a cada caso concreto.*

*En base a las anteriores consideraciones ha de convenirse que es a la Administración a la que corresponde acreditar en este caso concreto que dicho mecanismo se ha utilizado en fraude de ley, una operación artificiosa con el único o preponderante propósito de lograr la ventaja fiscal.*

*Para la Administración tributaria el fraude de ley, norma de cobertura arts 10.3 y 20 de la LIS y defraudada artº 4 de la LIS, se deriva de las siguientes circunstancias, si la escisión parcial se hubiera hecho sin la previa adquisición de las acciones de GW, las actividades de las distintas sociedades del Grupo hubieran sido las mismas que con la previa adquisición de las acciones, la única diferencia es que GW no se hubiera integrado a efectos fiscales en el Grupo (...); la operación le ha llevado a un apalancamiento financiero muy superior al del Grupo mundial, pero que situado por el Grupo internacional en la entidad española produce unos gastos financieros en España que suponen la reducción de la base imponible; la integración podía haberse llevado a cabo sin coste alguno, si se hubiera llevado a cabo mediante una aportación no dineraria de las acciones de GW cubierta con una ampliación de capital (con prima o sin prima) de GSK y acogida al régimen especial de diferimiento; y, por último, las operaciones realizadas no provocaron modificación alguna en la composición del Grupo a nivel mundial, [GSKLI] (...), sigue siendo la propietaria de GW, lo único que ha cambiado son las sociedades intermedias que siguen siendo del Grupo, no se ha situado en España unos activos que debe financiar sino que se ha colocado un pasivo retribuido siendo los activos únicamente la contrapartida necesaria para esta colocación.*

*Sin embargo, si consideramos el contexto en el que se produce las operaciones controvertidas, proceso de reestructuración, las circunstancias tenidas en cuenta por la Administración Tributaria para llegar a las conclusiones expuestas, son susceptible de lecturas diferentes, como la que se ofrece en el Informe pericial, al punto que en modo alguno resulta claro que con dicha operación sólo se buscara la ventaja fiscal. No parece intrascendente que en un proceso de unificación y reestructuración se quedara fuera del Grupo (...) una de las sociedades cabeceras del Grupo, lo que se consiguió mediante la compra de sus acciones; respecto del apalancamiento según el criterio del perito actuante, resultaba idóneo ante la tardanza en el pago de las deudas por parte de la Administración y su resultado en un análisis en perspectiva temporal ha resultado incluso positivo reduciendo su CMPC y mejorando el valor de la compañía y no empeorando su solvencia. El que se hubiera podido llevar a cabo la reestructuración mediante una aportación no dineraria, en lugar de la compra, lo que indica es que en definitiva la operación de unificación de las sociedades resultaba necesaria, por lo que cabe descubrir en*

*la compra, al perseguir dicho objetivo, que no sólo eran razones fiscales las únicas tenidas en cuenta en la operación. Tampoco se desprende del resultado final de la reestructuración realizada que la operación de compra y venta y el consiguiente ahorro fiscal, la que haya impulsado todo el proceso. Entendemos que en este caso la Administración no ha despejado las dudas existentes, pues no ha llegado a justificar y acreditar que, aún admitiendo que las consideraciones de ahorro fiscal hayan sido tenidas en cuenta por la parte demandante, las razones fiscales hayan sido las únicas determinantes para la realización de las operaciones controvertidas» (Fundamento de Derecho 10º).*

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE (VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Montalvo, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. Don Manuel Martín Timón):**

*«[P]onemos el acento en que entidades financieras independientes ofrecieron unas condiciones para el préstamo mejores que las que finalmente concedió la sociedad prestamista del Grupo. Y en que los cuadros incorporados al expediente que muestran que la estructura financiera del Grupo español, después de la reorganización, le conduce a un apalancamiento financiero, esto es a un endeudamiento muy superior al del Grupo mundial consolidado (...).*

*En definitiva, contemplamos, una vez más, una operación, de moda, de apalancamiento (LBO o Leveraged Buy Out) en adquisiciones de empresas que originan un fuerte endeudamiento con un resultado fiscal de deducciones en las bases imposables del Impuesto sobre Sociedades generadas en España y no contempladas, realmente, por nuestro ordenamiento jurídico, como ha tenido ocasión de señalar esta misma Sala en diversas ocasiones (Cfr. SSTS 9 de febrero y 12 de febrero de 2015) (...).*

*En tales supuestos debe entenderse la concurrencia en fraude de ley, mediante la utilización del artículo 20.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades [de 1995], que se remite para la determinación de la base imponible del impuesto al resultado contable, considerando como gasto financiero los derivados de las deudas (...).*

*La norma defraudada es el artículo 4.1 en relación con el artículo 10 de la Ley 43/199, que definen, respectivamente, el hecho imponible y la base imponible del Impuesto. (...) De esta manera, como concluye la indicada resolución [Res. TEAC de 20 de diciembre de 2010]: "la conducta del sujeto pasivo cumple con el literal del artículo 10.3 y 20 LIS, pero con ello defrauda precisamente el mandato del artículo 4, toda vez que el grupo español no ha tributado por los beneficios reales obtenidos en España. Por ello si la base imponible han de ser fiel reflejo de la obtención de la renta por el sujeto pasivo, ello exige la corrección de la misma cuando las operaciones del sujeto pasivo se han efectuado en fraude de ley precisamente con el fin de desvirtuar la renta real obtenida".*

### **III.4. FRAUDE DE LEY: NECESIDAD DE OBSERVAR UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL, SIN QUE PUEDAN APLICARSE LOS EFECTOS DE LA NORMA ELUDIDA MEDIANTE LA SIMPLE LABOR DE CALIFICACIÓN:**

**No resulta lícito que, por vía de calificación, se aprecie la existencia de operaciones artificiosas destinadas a eludir el tributo, cuando en realidad el supuesto es constitutivo de fraude de ley.**



*III.4.1. Endeudamiento de una sociedad residente con entidades vinculadas no residentes para la adquisición de un grupo empresarial. Deducibilidad de los intereses generados por la operación (IS)*

STS de 26 de enero de 2015 (Recurso 2945/2013)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una sociedad residente en España, perteneciente a un grupo internacional, adquiere a su vez un importante grupo empresarial mundial. Para financiar la operación, obtiene distintos préstamos, formalmente concedidos por sociedades vinculadas residentes en otros países de la UE, pero cuya fuente de financiación última eran sociedades, también vinculadas, residentes fuera del territorio de la UE. El pago de intereses por la sociedad española genera importantes gastos financieros en su base imponible del IS.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La Administración aplica al supuesto la norma sobre subcapitalización entonces vigente (art. 20 LIS 1995), excluyendo la deducibilidad de los excesos de gastos financieros sobre la cifra resultante de aplicar la regla prevista a tal efecto. Aunque el pago formal de los intereses se realiza a sociedades vinculadas residentes en la UE (supuesto excluido de la regla de subcapitalización), la Administración considera que, calificando el complejo de operaciones llevadas a cabo para canalizar la financiación con arreglo a la auténtica realidad jurídica creada, nos encontramos ante un supuesto de endeudamiento "indirecto" con entidades vinculadas no residentes, que constituyen la fuente última de financiación y son las verdaderas beneficiarias finales de los intereses satisfechos. Al considerar que esta solución se alcanza por vía de simple calificación, no se tramitó el procedimiento especial de fraude de ley previsto en la LGT 1963.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo considera que en este caso no se ajusta a derecho el proceder administrativo, por no haberse tramitado el procedimiento especial de fraude de ley. La operación jurídica de calificación llevada a cabo por la Administración tiene como premisa necesaria el carácter artificioso de la interposición de sociedades vinculadas residentes en la UE como beneficiarias directas del pago de intereses, pues la finalidad de esa interposición sería la elusión de la norma prevista en los casos de subcapitalización, me-

diante la aplicación de una norma de cobertura (el apartado del mismo precepto que excluye la regla de la subcapitalización cuando la financiación proviene de sociedades residentes en la UE):

*«[T]anto la Inspección como el Tribunal Económico-Administrativo Central consideran que la operativa llevada a cabo ha permitido al grupo consolidado español deducir como gastos los intereses de los préstamos percibidos de sociedades vinculadas mediante la aplicación del artículo 20.4 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1995, que excluye la limitación en la deducibilidad de los gastos financieros establecida en el apartado 1 del mismo precepto cuando la entidad vinculada no residente en territorio español lo sea en otro Estado miembro de la Unión Europea, que no esté calificado reglamentariamente como paraíso fiscal (...)*

*En otras palabras, y utilizando la expresiva descripción de la Sala de instancia, para el inspector jefe y el Tribunal Económico-Administrativo Central, «la operativa utilizada en la compra del grupo mundial (...), fue la utilización de una estructura societaria piramidal de sociedades holding, utilizada asimismo para financiar a las empresas del grupo que desarrollan la actividad industrial y comercial, y articulando dicha financiación a través de préstamos concedidos por entidades que, si bien figuran domiciliadas en países comunitarios, no son los beneficiarios efectivos de los intereses, sino las entidades americanas citadas. Y todo ello con la finalidad de erosionar las bases imponibles a tributar en España, es decir con el exclusivo objetivo de elusión fiscal.*

*Siendo así, para la Administración, tanto la de inspección como la de revisión, desde un principio se trataba la realización de negocios jurídicos al amparo de una determinada normativa (norma de cobertura -artículo 20.4 citado-) con la finalidad de conseguir unos efectos económicos que no le son propios, eludiendo de este modo la aplicación de la norma tributaria (norma defraudada -apartado 1 del propio artículo 20) que normalmente se hubiera aplicado a los negocios jurídicos usuales para obtener aquel resultado» (Fundamento de Derecho 4º).*

*«[L]a Administración, como disponía el artículo 28.2 de la Ley General Tributaria de 1963, liquidó el tributo conforme a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la ley, cualquiera que fuese la forma o la denominación que los interesados le hubieren dado; pero si esa liquidación lo fue como consecuencia de estimar que el obligado tributario incurrió en fraude de ley, se ha de aplicar la norma tributaria eludida, sin las ventajas que se pretendían obtener indebidamente ( artículo 24.2 de la Ley General Tributaria de 1963 ), previa tramitación de un expediente especial en el que se dé audiencia al interesado ( artículo 24.1). Por supuesto que la liquidación se ha practicado aplicando la Ley del Impuesto sobre Sociedades, no podría ser de otra forma; pero si se ha hecho por considerar que resultaba operativo el apartado 1 del artículo 20 (norma eludida) y no el apartado 4 del mismo precepto (norma de cobertura), la Inspección estaba obligada, por así requerirlo el legislador, a declarar el fraude en un procedimiento seguido específicamente a tal fin» (Fundamento de Derecho 5º).*

## OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO DISTINTO (APARENTE CONTRADICCIÓN):

STS de 19 de julio de 2016 (Recurso 2553/2015, Fundamento de Derecho 13º).



*III.4.2. Reducción de capital para la constitución de reservas voluntarias y aumento simultáneo con cargo a la reserva de revalorización autorizada por el Real Decreto-ley 7/1996, con posterior reparto de dividendos (IS)*

STS de 3 de julio de 2014 (Recurso 1512/2013)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una entidad reduce capital con la finalidad de incrementar su cuenta de reservas voluntarias. Simultáneamente, procede a una ampliación de capital utilizando a tal efecto la reserva de revalorización creada al amparo del Real Decreto-ley 7/1996. Por último, a continuación acuerda el traspaso de las reservas voluntarias procedentes de la reducción a ingresos extraordinarios con objeto de llevar a cabo su reparto como dividendo.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

Según el criterio de la Administración, en aplicación el principio de calificación del artículo 13 de la LGT, calificó el conjunto negocial llevado a cabo con arreglo a su genuina naturaleza, concluyendo que con él se vulneraba el art. 5.9 del Real Decreto-ley 7/1996, por el que se prohibía destinar el saldo de la regularización por actualización de balances al reparto de dividendos:

*«[l]a simultánea operación de reducción y aumento dejó el capital en la misma cifra y al haber hecho el aumento con cargo a la reserva de revalorización y, posteriormente, trasladar las reservas voluntarias a ingresos extraordinarios y repartir dividendos, lo que en rigor se ha hecho, por vía de la conjunción negocial, es destinar el saldo de regularizar a la distribución de dividendos, vulnerando el apartado 9 del artículo 5, Real Decreto Ley 7/96».*

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo estima que la calificación administrativa, teniendo en cuenta las razones materiales que la motivan, debió realizarse mediante el procedimiento especial de fraude de ley (a la misma conclusión había llegado la Audiencia Nacional). La operación jurídica de calificación administrativa se efectúa sobre la base del carácter artificioso de la ampliación de capital llevada a cabo (como supuesto destino de la reserva por revalorización), pues la misma quedó neutralizada por la reducción por idéntica cifra acordada de manera simultánea:

*«La sentencia describe el fraude en estas características: Se aceptan las operaciones realizadas en su naturaleza y se tienen por queridas realizar. Lo que se impugna --dice-- es*

*el resultado que con el conjunto se ha obtenido, porque al amparo de las normas citadas de cada operación (válidas todas) se ha conseguido un resultado que es contrario y vulnera una norma imperativa y que contienen una prohibición.*

*El Abogado del Estado muestra disconformidad con que ello se haya producido porque la reducción y el aumento de capital, el traspaso de las cuentas de reservas y la distribución de dividendos son todas ellas operaciones ajustadas a Derecho, queridas por los intervinientes conforme a su genuina naturaleza pero que, a través de ellas no se ha procedido en fraude, no se ha utilizado una ley de cobertura ni ningún ardid o estrategia para eludir una norma imperativa prohibitiva.*

*(...) La sentencia recurrida explica y justifica que para desvirtuar el resultado de las operaciones realizadas en el ejercicio 2002 por la recurrente el procedimiento a seguir era el previsto para la declaración de fraude de ley que ha hecho la sentencia. Si lo que se pretendía era negar el resultado global de aquellas operaciones, considerándolas de forma conjunta, el procedimiento de calificación no era el adecuado.*

*La resolución del TEAC partió implícitamente de la base de que la potestad de calificación establecida en el artículo 13 de la LGT 58/2003 constituye una alternativa válida en favor de la Administración tributaria, incluso en los casos en que el conjunto negocial examinado pueda ser incardinado en la figura del fraude de ley, lo cual, como dice la sentencia recurrida, es una tesis errónea porque el artículo 13 LGT no es un instrumento en manos de la Administración tributaria para interpretar las normas jurídicas interesadamente, sino para calificar rectamente los actos, contratos o negocios jurídicos, permitiendo a aquélla aplicar el gravamen con arreglo al verdadero negocio celebrado, prescindiendo, si es preciso, de su nomen iuris, esto es, sin quedar vinculado por la calificación jurídica que las partes hayan querido otorgarle. Además falta toda explicación, en los actos recurridos, acerca de qué concretos actos, negocios o contratos han sido objeto de calificación por la Inspección.*

*(...)*

*La **potestad de calificación** no tiene el **alcance** virtualmente universal que la Inspección le atribuye, en su propio interés, sino un valor más reducido, en tanto que autoriza el gravamen de la riqueza auténticamente puesta de manifiesto, aunque ello no resulte de ese modo de los contratos o negocios celebrados. Pero, sobre todo, no es una potestad en manos de la Administración alternativa de aquélla que le permite la declaración de fraude de ley ( art. 24 de la LGT de 1963), de manera que, cuando concurren los requisitos para iniciar el correspondiente procedimiento, éste no podrá ser soslayado ni ser objeto de dispena acudiendo a la potestad de calificación.*

*(...)*

*Ahora bien, negar que el destino a la ampliación de capital no lo es tal en función de que esa ampliación no ha sido neta, sino el resultado de reequilibrar el capital social tras una reducción por la misma cantidad, no puede hacerse sólo, como dice la sentencia recurrida, con el ejercicio un tanto alambicado de la potestad de calificación tan ligeramente empleada, sino que entraña prima facie la recíproca puesta en conexión de unos negocios con otros para extraer de todos ellos que la finalidad perseguida era otra distinta a la que un examen meramente aislado permitiría suponer. Pues bien, ese gravamen conforme a la aplicación de la ley defraudada (no otra cosa es considerar que ha habido un acto de disposición no destinado a la ampliación de capital, sino a la conversión en reservas voluntarias y, tras las modificaciones contables precisas, la distribución de un dividendo entre los socios) es el que constituiría, de seguirse el propio hilo argumental propuesto por la Inspección, una actuación seguida en fraude de ley, para cuya aprecia-*

*ción y aplicación de los efectos jurídicos fiscales que le son propios no podría dejar de incoarse y resolverse el procedimiento ad hoc del artículo 24 de la LGT de 1963.*

*En definitiva, la liquidación de la Inspección declara el fraude de ley (en sentido sustantivo) sin haberlo declarado (en sentido formal), esto es, sin haber observado la exigencia legal de seguir el procedimiento contradictorio necesario para llevar a cabo dicha declaración, conforme a lo establecido en el artículo 24.1 LGT de 1963, aplicable al caso por razón de la aplicación de la norma transitoria de la Ley vigente, a cuyo tenor: "1. Para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado".*

*No habiendo obrado así la Inspección, procede la anulación del acto de liquidación impugnado, en cuanto al ajuste derivado de la indebida aplicación del saldo de la reserva de revalorización, por no haberse seguido el procedimiento legalmente establecido.*

*Para determinar la necesidad del procedimiento la sentencia de instancia se basa, de una parte, en la existencia de ciertos indicios racionales de que tales negocios podrían haberse celebrado con la finalidad de soslayar la aplicación de una norma imperativa, precisamente la relativa a la indisponibilidad de la reserva de revalorización; de otra parte, en la coherencia lógica que tendría seguir ese procedimiento a partir de los datos y circunstancias constatados por la propia Inspección, para los que no sería suficiente el ejercicio de la potestad de calificación del artículo 13 de la Ley 58/2003, que está pensada para otras finalidades distintas, habida cuenta que la Inspección pone de relieve ciertos hechos y los valora de una manera determinada, conforme al patrón dogmático del fraude de ley, esto es, suponiendo su conformidad a Derecho si se los observa separadamente, pero también su finalidad defraudatoria si son objeto de un examen conjunto.*

*A tal respecto, es sumamente expresiva la afirmación efectuada a propósito de esta cuestión en el voto particular formulado a la resolución del TEAC:*

*"Lo que la Inspección afirma es que, examinados en su conjunto, por un lado carecen de lógica y no cumplen la función que les es propia (no existió voluntad de reducir el capital, pues éste finalmente queda en la misma cuantía; ni se ve reforzada la garantía y solvencia frente a terceros, por lo que tampoco se cumple la finalidad propia del aumento de capital); y, por otro lado, el único resultado realmente obtenido es una variación de las cuentas de reservas equivalente a un traspaso de la de revalorización a la de reservas voluntarias, obviando la norma que impide disponer de ella antes del plazo de diez años para finalidades que no sean las previstas en la ley, entre las que desde luego no está la de su traspaso a las de libre disposición, que, por el contrario, se excluye expresamente en el artículo 5º.9 del Real Decreto-Ley 7/1996".*

*"Así las cosas, es claro que se está en un caso en el que la Inspección entendió (y a la vista de lo sucedido se comprende que fuese así) que examinados conjuntamente los actos realizados por la sociedad, resultan artificiosos y el único efecto relevante que produjeron fue el ahorro fiscal, al evitar la tributación como ingreso del importe de la reserva de revalorización indebidamente aplicada (artículo 5º.9 citado)".*

*En otras palabras, el procedimiento especial tiene por objeto característico el reunir los elementos de convicción necesarios para, en su caso, determinar que los negocios jurídicos examinados de forma global han podido ser celebrados en fraude de ley, con las consecuencias jurídico-tributarias que los apartados 2 y 3 del artículo 24 de la LGT de*

*1963 prevén, basados en el restablecimiento de la normalidad fiscal alterada mediante las operaciones fraudulentas, todo lo cual se establecería en un acto final de ese procedimiento, al que se ha de llegar previa audiencia y defensa del interesado, que es trámite específicamente previsto en el apartado 1.*

*No se trata, pues, de cumplir formalmente un trámite inocuo para declarar a toda costa el fraude de ley, conforme a un prejuicio del resultado previsible del procedimiento concebido con anterioridad a la apertura de éste, sino justamente el de seguir el procedimiento para dar respuesta a esa interrogante, que bien podría ser la declaración de fraude de ley, lo que abriría la puerta a la regularización, como concluirlo mediante un acto final en que se apreciase eventualmente la ausencia de motivos para efectuar tal clase de declaración» (Fundamento de Derecho 2º).*

### **III.5. FRAUDE DE LEY, ASPECTOS PROCEDIMENTALES: POSIBILIDAD DE DECLARARLO EN RELACIÓN CON HECHOS OBJETO DE UNA COMPROBACIÓN ANTERIOR EN LA QUE NO SE APRECIÓ SU EXISTENCIA:**

**Doctrina de los actos propios** (cuestión distinta de la referente a la posibilidad de declarar en fraude de ley operaciones realizadas en ejercicios prescritos pero que proyectan sus efectos en períodos no prescritos objeto de comprobación):

*III.5.1. Declaración de fraude de ley en relación con hechos relevantes para la liquidación ya comprobados en relación con una liquidación anterior*

STS de 4 de noviembre de 2013 (Recurso 3262/2012)

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

En un supuesto de compra de participaciones del grupo financiada mediante endeudamiento, la Inspección efectúa una comprobación referida a determinados ejercicios, considerando válida la deducción de los gastos financieros y no planteando la posibilidad de que las operaciones se efectuaran en fraude de ley. Más tarde, en la comprobación de ejercicios posteriores, donde la entidad seguía deduciendo gastos financieros derivados de la operación original de compra mediante endeudamiento, se tramita el expediente oportuno y se declara que la citada operación constituye fraude de ley.

#### **CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La Inspección aprecia la existencia de fraude de ley.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

No puede declararse fraude de ley respecto de unos hechos comprobados previamente y que la Administración no consideró entonces constitutivos del citado fraude de ley:

*«En definitiva, la Administración tributaria tuvo por lícitos esos contratos y por deducibles los gastos financieros derivados de los mismos, a través de actos concluyentes e inequívocos, por lo que no estaba en su mano después, sin cambio alguno de circunstancias, considerar aquellos pactos concluidos en fraude de ley y negar el carácter de deducibles a los consiguientes gastos financieros. Y no hubo cambio de circunstancias porque, como bien se razona en la sentencia recurrida, no puede considerarse revelador de ese fraude el ejercicio de un derecho reconocido en el ordenamiento jurídico, cuál es el de optar más tarde por la declaración en régimen consolidado, en cuanto grupo de empresas (apartado 14 del quinto fundamento); tampoco puede otorgarse ese carácter a actos posteriores realizados en ejercicios distintos, que quedan fuera del ámbito objetivo de la ulterior declaración de fraude de ley, puesto que ésta afecta a los contratos celebrados anteriormente, sin que pueda reconocerse a aquellos actos posteriores la capacidad de transformar en fraudulentos negocios jurídicos que en ejercicios previos, correspondientes al tiempo en que se llevaron a cabo, no se consideraron tales (apartados 11 a 13 del mismo fundamento jurídico).*

*En fin, no merece comentario alguno la afirmación del recurso, ya presente en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, consistente en que para poder hablar en este caso de un acto propio tácito o presunto hubiera resultado menester que, incoado procedimiento para la declaración de fraude de ley en relación con los ejercicios 1995 a 1999, hubiera concluido sin resolución alguna. Al respecto hacemos nuestras las reflexiones que se contienen en el apartado 10 del repetido quinto fundamento jurídico de la sentencia recurrida» (Fundamento de Derecho 2º).*

## OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 7 de junio de 2012 (Recurso 3043/2008, Fundamento de Derecho 4º), de 6 de marzo de 2014 (Recurso 2171/2012, Fundamento de Derecho 5º).

## III.6. FRAUDE DE LEY Y PRESCRIPCIÓN:

El transcurso del **período de prescripción** respecto a un acto u operación **no impide** que la Administración lo declare realizado en **fraude de ley**, en relación con los efectos que dicho acto u operación pueda proyectar en **ejercicios no prescritos**.

*III.6.1. Operación en fraude de ley celebrada en un período prescrito, pero que produce efectos en ejercicios no prescritos (IS)*

STS de 5 de febrero de 2015 (Recurso 4075/2013)

## BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Un sujeto pasivo del IS adquirió de su matriz extranjera participaciones en otras entidades pertenecientes al mismo grupo. La compra se financia mediante un préstamo concedido al sujeto pasivo por la propia matriz, que genera intereses deducibles en los ejercicios posteriores. La citada operación había tenido lugar en un ejercicio que, al tiempo de la comprobación administrativa, se hallaba prescrito.

## CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección consideró que la operación constituye fraude de ley, y que su única finalidad es la generación artificiosa de gastos financieros tendentes a vaciar la base imponible del IS. No se consideró que fuese un obstáculo para la regularización de ejercicios no prescritos el hecho de que los negocios en cuestión se hubieran celebrado en un ejercicio prescrito.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo declara que la prescripción afecta al derecho de la Administración tributaria de liquidar las obligaciones tributarias, pero no a su potestad de comprobación, la cual puede afectar a actuaciones realizadas en períodos prescritos, si las mismas proyectan sus consecuencias jurídicas en los períodos no prescritos objeto de comprobación:

*«1. En el presente caso la discusión versa sobre el **alcance de la potestad comprobadora de la Administración respecto de actos, hechos, negocios u operaciones realizadas en periodos afectados por el instituto de la prescripción cuando se proyectan fiscalmente en ejercicios no prescritos** o, dicho de otro modo, se trata de determinar qué ocurre cuando la Administración Tributaria pretende regularizar los efectos, en un ejercicio no prescrito, de aquellos negocios que, celebrados en un ejercicio prescrito, se considera que lo fueron en fraude de ley y por ello sus efectos en los ejercicios susceptibles de comprobación pueden regularizarse.*

*2. La Administración tributaria siempre ha entendido que, de acuerdo con el artículo 66 de la LGT 2003 (antiguo 64 de la LGT 1963.), prescribe el derecho para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. **La comprobación e investigación de la situación tributaria**, aunque necesaria para liquidar la deuda tributaria, **no estaba sometida a plazo de prescripción** o caducidad alguno y ello porque se trata de un poder de la Administración distinto del de liquidar, que siempre ha estado regulado en un precepto propio ( art. 115 de la LGT 2003 y 109 de la LGT 1963 ) y respecto del cual la legislación nunca ha establecido expresamente que su ejercicio esté sometido a plazo. El artículo 115 de la LGT 2003 califica a dicho poder de potestad. Estamos por tanto ante una potestad administrativa puesta al servicio de la Administración para poder liquidar un tributo pero que, salvo que la Ley diga otra cosa, es imprescriptible como todas las potestades administrativas. El artículo 115 de la LGT 2003 ( art. 109 LGT 1963 ) no somete a plazo el ejercicio de las potestades de comprobación e investigación y el artículo 66 de la misma Ley tampoco las incluye dentro de los derechos de la Administración llamados a prescribir.*



Esta tesis de que "lo que prescribe es el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación y a exigir el pago de las deudas liquidadas, no la actividad de comprobación, y que lo contrario sería como reconocer una especie de ultraactividad de la prescripción a ejercicios no afectados por ella", no es ni mucho menos ajena a la previa jurisprudencia de este Alto Tribunal, pudiendo encontrarla sustentada, por todas, en sentencia de 19 de enero de 2012 (recurso 3726/2009 F. de D. Sexto). **No se puede, pues, excluir la posibilidad de que, dentro de las actuaciones de comprobación, puedan verificarse operaciones que integran el hecho imponible aún cuando tengan su origen en ejercicios fiscales ya prescritos.**

Por las razones expuestas creemos que el derecho a comprobar e investigar no prescribe y que la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos. Consecuentemente, con superación del criterio mantenido en la sentencia de 4 de julio de 2014 (casa. 581/2013), **puede declararse en fraude de ley una operación realizada en ejercicio prescrito si fruto de dicha operación se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos.**

**Lo que se pretende es evitar que no se pueda actuar frente a la ilegalidad porque en un ejercicio prescrito la Administración no actuó frente a ella**, pues ello equivaldría a consagrar en el ordenamiento tributario una suerte de principio de "igualdad fuera de la ley", "igualdad en la ilegalidad" o "igualdad contra la ley", proscrito por el Tribunal Constitucional en, entre otras, la siguientes sentencias 88/2003, de 19 de mayo y 181/2006, de 19 junio» (Fundamento de Derecho 4º).

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE (VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco):

«Tengo para mí que, para fijar la deuda tributaria de un impuesto respecto del que el derecho a liquidar no se ha extinguido aún, le cabe a la Inspección constatar la realidad de lo acontecido más allá del plazo de prescripción y obtener las consecuencias pertinentes, pero no le es dable embarcarse en calificaciones y análisis jurídicos de ese pasado, sobre el que, por así haberlo querido el legislador ( artículo 66 de la Ley General Tributaria de 2003 ), ya carece de facultades para intervenir en uso de las potestades que el propio legislador le ha atribuido.

La seguridad jurídica, que es uno de los pilares sobre los que se asienta nuestro sistema de convivencia ( artículo 9.3 de la Constitución ), así lo reclama. Como no lo ha entendido así la decisión mayoritaria, me veo obligado a discrepar de ella, no obstante el respeto y la consideración personal e intelectual que me merecen todos y casa uno de quienes la han adoptado» (Apartado 2º).

«Parece razonable concluir que la Inspección de los Tributos pueda asomarse al "pasado prescrito" para, sin operar sobre él y como mero espectador, tomar buena cuenta y obtener las oportunas consecuencias en orden a liquidar tributos respecto de los que, por no haber transcurrido el plazo fijado en la ley, conserva vivo aún su derecho a hacerlo e intactas sus facultades al respecto. Pero, si la seguridad jurídica es suma equilibrada de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad ( vid. SSTC 27/1981, 227/1988 y 235/2000, entre otras muchas), creo que atenta contra los cimientos de este principio basilar de nuestro ordenamiento jurídico permitir a una organización servicial, sometida radicalmente a la ley y al derecho, operar sobre ese pasado para recalificarlo jurídicamente, con el fin de justificar una liquidación que no habría tenido lugar sin esa previa manipulación. En mi opinión, constituye un auténtico fraude, una burla a nuestro sistema constitucional, atri-

*buyendo a la Administración un poder que nunca estuvo en la voluntad de nuestros constituyentes ni, por supuesto, en la del legislador ordinario» (Apartado 3º).*

*«Para hacer frente a estas situaciones elusivas, el legislador tributario, tanto el de 1963 como el de 2003, remite a la Administración a un expediente específico para que, con audiencia de los interesados, declare el fraude o el conflicto y liquide el tributo aplicando la norma eludida o defraudada (artículos 24.3 y 15.3 de las Leyes Generales Tributarias de 1963 y 2003, respectivamente).*

*Se trata, por tanto, de un cauce singular y especial para recalificar jurídicamente los negocios realizados por los contribuyentes cuando producen el efecto expresado. Siendo así, y por lo dicho en los apartados anteriores de este voto discrepante, entiendo que no es posible declarar en fraude de ley actos y contratos concluidos en periodos respecto de los que el derecho de la Administración a comprobarlos e investigarlos al objeto de liquidar el tributo concernido por los mismos haya prescrito, aun cuando proyecten sus efectos a ejercicios posteriores que no lo estén.*

*(...) Dicho en otras palabras: la legalidad aparente de los negocios celebrados en fraude de ley debe prevalecer sobre la ilegalidad subyacente de los mismos, cuando el fraude de ley no haya sido declarado dentro del plazo de prescripción, porque lo demanda el respeto de la seguridad jurídica. No cabe olvidar en esta particular situación, como entiendo han hecho mis colegas, el viejo aforismo: *summum ius summa iniuria*» (Apartado 4º).*

*«Creo, en definitiva, que con la solución adoptada por mis colegas padece la seguridad jurídica, se extienden indebidamente las potestades que el legislador ha atribuido a la Administración tributaria para cumplir su tarea y se tensiona hasta prácticamente romperlo el equilibrio de las partes contendientes en sede jurisdiccional, a cuyas puertas deben quedar todas las prerrogativas reconocidas a la Administración, salvo aquellas que le confiere la Ley reguladora de nuestra jurisdicción» (Apartado 5º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 23 de marzo de 2015 (Recurso 682/2014, Fundamento de Derecho 2º), de 26 de octubre de 2015 (Recurso 3261/2014, Fundamento de Derecho 4º), de 16 de marzo de 2016 (Recurso 3162/2014, Fundamento de Derecho 4º), STS de 19 de mayo de 2016 (Recurso 3585/2014, Fundamento de Derecho 3º).

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO CONTRARIO:

La STS de 4 de julio de 2014 (Recurso 581/2013, Fundamento de Derecho 5º), constituye el conocido precedente, en el que el Tribunal Supremo manifestó (de manera excepcional) un criterio opuesto a la solución que ha venido luego sosteniendo en sentencias, ya numerosas, de los últimos dos años.



## IV. NEGOCIO INDIRECTO

### IV.1. DELIMITACIÓN DE LA CATEGORÍA DEL NEGOCIO INDIRECTO:

Existe **negocio indirecto** cuando se concluyen operaciones correctas y lícitas desde el punto de vista jurídico material, pero cuya clara finalidad no es la típica de los negocios celebrados, evidenciándose que el **fin perseguido** es **distinto de la "causa-fin"** de aquéllos.

#### *IV.1.1. Aportación de un derecho de usufructo sobre inmuebles a una sociedad familiar en pérdidas perteneciente a los mismos contribuyentes (IRPF)*

STS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 4612/2008)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Dos cónyuges son propietarios de un inmueble arrendado a terceros, así como titulares y administradores de una sociedad anónima en pérdidas. Después de transformar esta entidad en sociedad limitada, se aporta a la misma el derecho de usufructo sobre el inmueble en cuestión, asignándosele un valor manifiestamente reducido en relación con los ingresos que el inmueble genera. Como resultado de la citada operación, la entidad titular del usufructo pasa a facturar las rentas por el arrendamiento del inmueble a los cónyuges, que éstos a su vez deducen como gasto para enjugar los ingresos que, a su vez, obtienen por el arrendamiento del bien a los distintos inquilinos.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección apreció en este caso la existencia de un negocio indirecto, a tenor de las circunstancias que rodearon la constitución del usufructo. En consecuencia, se rechaza la deducción como gasto por los propietarios en su IRPF de las cantidades facturadas por la sociedad titular del usufructo. Asimismo, se aprecia infracción grave.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda el criterio de la Administración, al considerar subsumible en la noción de "negocio indirecto" la maniobra jurídica ejecutada por los contribuyentes, por lo que confirma la liquidación (basada en la inadmisión de gastos) y la sanción impuesta:

*«En la de 17 de febrero de 2011 nos hemos detenido en una mayor precisión del concepto de negocio indirecto, respecto del que dijimos que*

*"(...) puede definirse como aquél en que las partes celebran un contrato típico y regulado en el ordenamiento jurídico con un fin distinto del que le es propio y específico.*

*En el negocio indirecto es preciso diferenciar entre sus efectos directos, que son los que corresponden a la causa del contrato típico celebrado, y los efectos indirectos, que son los realmente queridos por las partes y que obedecen a una intención final o resultado que no podría ser conseguido a través de aquel negocio o contrato típico. En el negocio indirecto el complejo negocial celebrado resulta ser una simple pantalla jurídica o medio en la consecución de los fines buscados por las partes".*

*Por eso alcanzábamos la conclusión de que con la categoría de los negocios indirectos*

*"No se trata de desconocer los efectos jurídico-civiles pensados y queridos por las partes, mientras no perjudiquen a terceros, sino más bien de evitar, con un sentido práctico, que esa absoluta libertad de configuración, al menos formal y aparente, del contenido de los negocios jurídicos, pueda, de hecho, desvirtuar la correcta y natural aplicación de la norma tributaria.*

*Con esta interpretación, conciliable con las consecuencias que respecto de la causa establece el art. 1275 del Código Civil, se pretende exclusivamente salvaguardar los intereses generales de la Administración Tributaria, sin tener que recurrir a la figura del fraude de ley, en la que hay una causa típica, si bien el motivo, la intencionalidad, es ir contra el espíritu y finalidad de la ley".*

*En fin, en la propia sentencia indicábamos que*

*"La calificación del conjunto de operaciones analizadas como un negocio jurídico indirecto que aflora el verdadero negocio pretendido realizada por la sentencia de instancia, es además inamovible puesto que no cabe desconocer la reiterada jurisprudencia de la Sala 1ª de lo Civil de este Tribunal Supremo según la cual la interpretación dada por la Sala sentenciadora de instancia debe prevalecer sobre la particular e interesada del recurrente, a menos que se acredite ser ilógica, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal, pues constituye facultad privativa de la misma (...)"*.

*En el caso que enjuiciamos, ninguna de estas circunstancias concurren en orden a la posibilidad que corrijamos lo afirmado por la sentencia recurrida puesto que, por el contrario, la calificación de la acontecido como negocio indirecto se desprende con clara racionalidad de algunas de sus notas.*

*En primer lugar, la falta de correlación o proporción entre el valor que se atribuye al usufructo aportado anualmente (5 millones de pesetas) y el importe de las rentas que por el negocio se transmiten (más de 120 millones de pesetas), en una sociedad que lleva varios años generando pérdidas. El argumento de la parte de que el valor del usufructo, igual al 2 x 200 del valor del inmueble, sigue las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales no resulta decisivo, porque una cosa son las normas de dicho impuesto para determinar su base imponible y otra que estas hayan de condicionar el valor de los negocios jurídicos que se atribuya al usufructo; es decir, nada se oponía a que la estimación del derecho real aportado a la sociedad hubiera guardado algún tipo de correlación con las rentas que verdaderamente generaba ese edificio.*

*En segundo lugar, dada esa evidente desproporción entre lo que se aporta y el valor de las participaciones que se reciben en una sociedad con continuas pérdidas, era necesario soslayar la valoración de un perito independiente. Por eso tiene lugar el hecho signi-*

*fitativo de la transformación en limitada de la sociedad anónima (...) S.L., sin que ello obedeciera al imperativo legal (su capital era muy superior al mínimo establecido para las sociedades anónimas), evitando así el procedimiento de valoración que para las aportaciones no dinerarias se establece en los artículos 38 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, RD 1564/1989, de 22 de diciembre (...).*

*En tercer lugar, el hecho de que el interesado se limite a aportar un usufructo de duración coincidente o inferior al año, aportación que fue reiterando ejercicio tras ejercicio.*

*En cuarto lugar, el comportamiento del propio recurrente, que no sólo no comunicó a los arrendatarios el cambio de arrendador operado, figurando el interesado como tal en los recibos girados a estos durante el tiempo en el que, al menos formalmente, ya no ostentaba tal condición sino también de los retrasos relativos a la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de ampliación de capital y constitución del usufructo, que estuvo sin inscribir durante toda la vigencia del usufructo que nos ocupa, el que actuara ante la Hacienda como titular de los mismos, repercutiendo a los arrendatarios el IVA correspondiente, (arrendatario de su propio arrendatario, recalca la sentencia recurrida) y declarándolos como ingresos suyos en el modelo 347, lo que demuestra que el interesado siempre se comportó frente a cualquier tercero, incluida la Hacienda Pública, como titular de la rentas de las que ahora reniega» (Fundamento de Derecho 3º).*

*«En el tercer motivo, la parte considera improcedente la sanción, al no existir ocultación de bases tributarias ni datos económicos y solamente discrepancias surgidas en la interpretación y aplicación de las normas.*

*(...) En este caso, el aserto de la sentencia impugnada sobre el "extravagante artificio" creado para eludir el tributo constituye, junto con la descripción de los hechos que soportan tal calificación, base suficiente como para que aceptemos el criterio de la Sala de instancia, a la vista de que el tipo de infracción grave del apartado a) del art. 79, antes y después de la reforma introducida por la Ley 25/1995, de 20 de julio, en un régimen de autoliquidación preceptiva, requería y requiere que se haya producido una falta de ingreso derivada de una declaración-liquidación manifiestamente errónea y hasta cabría decir que temerariamente producida ( sentencia de 27 de septiembre de 1999, recurso de casación 7539/1994 ). Y no de otra cosa se puede hablar cuando a través de un entramado como el antes descrito se pretende que no resulten gravados en el IRPF determinados rendimientos inmobiliarios.*

*Añadir que, a juicio de la Sala, la fundamentación de la sanción deriva claramente del Acuerdo de su imposición de obrante en el expediente administrativo, siendo elementos relevantes a efectos de determinar la culpabilidad del recurrente que no se comunicara la constitución del usufructo a los arrendatarios y que los recibos expedidos por el arrendamiento se realizaron por el hoy recurrente, que era quien los firmaba. Alegar en este caso discrepancias surgidas en la interpretación y aplicación de preceptos legales no resulta de recibo (Fundamento de Derecho 4º).*

## OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 26 de enero de 2012 (Recurso 2812/2008, Fundamento de Derecho 4º).

*IV.1.2. Operación de lease-back con aplicación de la exención por reinversión y nueva amortización de los activos objeto de la operación (IS)*

STS de 18 de junio de 2012 (Recurso 4397/2009)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una sociedad transmite a una entidad de leasing elementos de su inmovilizado, que estaban completamente amortizados, percibiendo determinado precio. La totalidad del importe percibido se computa como plusvalía, y se considera exenta por reinversión. A continuación, la entidad transmitente recibe los mismos elementos en régimen de arrendamiento financiero (lease-back), mediante el pago de cuotas que implican la devolución en tres años del precio previamente percibido, más los correspondientes intereses. Aplicación del régimen especial de contratos de arrendamiento financiero, lo que implicó la deducción en el IS del importe de las cuotas satisfechas (logrando así una nueva amortización de los activos).

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

El actuario consideró que en las operaciones de lease-back resultaba incompatible acogerse a la exención por reinversión y simultáneamente a los beneficios fiscales previstos para determinados contratos de arrendamiento financiero, calificando el supuesto como negocio indirecto, cuya verdadera finalidad era obtener los efectos propios de una típica operación de financiación mediante préstamo. Por consiguiente, rechazó la amortización de los activos objeto de la operación. En la liquidación definitiva girada por el órgano inspector se mantuvieron idénticos efectos, pero con argumentos distintos, al considerarse que el valor de los bienes en el momento de su transmisión (contablemente cero) no se correspondía con el precio supuestamente recibido por el sujeto pasivo, lo que impedía asimismo la deducción de las cantidades satisfechas por el nuevo contrato de arrendamiento financiero.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo confirma el criterio administrativo, considerando que el valor cero atribuido a los activos por la Inspección, había sido extensamente argumentado, no habiendo sido desvirtuado por el sujeto pasivo pese a que tuvo oportunidades sobradas para hacerlo. En consecuencia, pese al cambio de criterio en la argumentación del órgano administrativo no cabe apreciar indefensión:

«El 7 de septiembre de 1998, se extendió una diligencia en la que, en relación con el impuesto sobre sociedades de 1992, el inspector actuario propuso una corrección de la base imponible por importe de 25.873.333 pesetas al considerar no deducible el montante de la amortización de los bienes adquiridos en régimen de lease-back, pues resultaba incompatible acogerse a la exención por reinversión y simultáneamente a los beneficios fiscales del leasing, debiendo calificarse la operación de negocio indirecto, aunque dado el escaso volumen de la operación en relación no estimaba que la finalidad fuese obtener un beneficio fiscal ilegítimo. (...) En la liquidación definitiva aprobada el 28 de mayo de 2002, se aludió a las descritas actuaciones y diligencias, argumentándose ampliamente la regularización practicada y explicándose que el precio pactado no se correspondía con el de mercado, habida cuenta de que el valor neto contable previo de los bienes era de cero pesetas. Por su parte, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en su resolución de 11 de noviembre de 2005 (FF. JJ. 5º y 6º), insistió en que mediante la operación en cuestión, (...) S.A., además de obtener la correspondiente financiación, consiguió revalorizar un activo sin coste fiscal alguno, y confirmó que esa operación debe recibir el tratamiento correspondiente a su auténtica naturaleza, que no es otra que la de una operación de pura financiación, habiéndose realizado la operación a espaldas del valor de mercado de los bienes afectados, sin que la mencionada compañía acreditase, como le incumbía, que el precio asignado a los bienes se correspondiese con la realidad.

(...) [L]a compañía demandante no ataca el fondo de la regularización, sino el modo en que se ha producido, denunciando la indefensión que, en su opinión, se le ha causado.

(...) Aun admitiendo la realidad de los datos en que asienta tal queja y que, por consiguiente, el inspector actuario promoviera la regularización por razones de fondo, mientras que, después, en el acto de liquidación se cambió el argumento para sustentar la decisión en la supuesta sobrevaloración de los bienes objeto del contrato de lease-back, ninguna limitación de sus derechos de defensa ha sufrido por tal forma de actuar, ya que nada le impedía promover una tasación pericial contradictoria (...). Aun más, en la vía económico-administrativa podía haber solicitado la práctica de una prueba enderezada a tal fin, pero tampoco instó nada al respecto (...).

Resulta rechazable un entendimiento tan absoluto de los defectos formales como el que defiende la compañía demandante» (Fundamento de Derecho 7º).

## IV.2. NEGOCIO INDIRECTO Y SIMULACIÓN: EQUIPARACIÓN IMPLÍCITA

Existe negocio indirecto cuando se concluyen operaciones correctas y lícitas desde el punto de vista jurídico material, pero cuya clara finalidad no es la típica de los negocios celebrados, evidenciándose que el fin perseguido es distinto de la "causa-fin" de aquéllos. Coincidencias con la simulación.

### IV.2.1. Aportación no dineraria de participación social, y venta posterior del resto del capital, con precio aplazado, a sociedad patrimonial, y posterior reparto de dividendo a la transparente (IRPF)

STS de 24 de octubre de 2013 (Recurso 1650/2011)

### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Dos cónyuges son titulares, desde 1986, del 100 por 100 de las participaciones en una entidad. En 1998 constituyen (junto con sus hijos, que participan testimonialmente) una sociedad patrimonial, aportando a la misma (entre otros bienes) el 80 por 100 de la participación en aquella entidad. Poco después venden con precio aplazado el 20 por 100 restante a la patrimonial, que pasa de este modo a ser titular del 100 por 100 de la primera. La plusvalía obtenida no tributa, por aplicación de los coeficientes de abatimiento. A continuación, la entidad cuyas participaciones se han transmitido reparte dividendos, que son percibidos por la sociedad patrimonial en su condición de único socio, y cuyo importe se utiliza para pagar el precio aplazado de la compra.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

De acuerdo con la calificación administrativa, se considera que las cantidades percibidas por los cónyuges en concepto de precio aplazado por la transmisión de las participaciones constituía en realidad el reparto de un dividendo, por lo que se exigen las retenciones correspondientes a la entidad pagadora del dividendo.

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo considera que la calificación hecha por la Inspección es correcta, al estar motivada y haberse aportado indicios fácticos suficientes para concluir que los cónyuges habían percibido dividendos sujetos a retención a cuenta de su IRPF. El conjunto de operaciones efectuadas para lograr la elusión fiscal puede subsumirse sin inconveniente alguno en la categoría de los negocios indirectos:

*«Tanto la Inspección, como el TEAC, como la Audiencia Nacional, llegan a la misma calificación, la falta de validez de los hechos, actos y negocios, desde la perspectiva tributaria, y se considera que la causa de los mismos es ilícita, puesto que se pone de manifiesto que la intención y finalidad de dichos negocios es la elusión fiscal en los términos y con el contenido visto. La distinción entre el ámbito tributario y mercantil o civil, es obligada, sucede sin embargo que las categorías y estructuras contractuales o negociales no pueden ser distintas por la coherencia y armonía propia de cualquier sistema y ordenamiento jurídico, por ello ha de acudir a lo dicho por la jurisprudencia civil y al artº 1275 de CC, en tanto que la causa ilícita determina la nulidad de los contratos, lo que llevado al caso que nos ocupa es evidente que siendo la causa de los referidos procurar la elusión fiscal, siendo su causa ilícita, la consecuencia es que los mismos no producen efectos en el ámbito tributario. Ningún inconveniente existe para encuadrar las operaciones realizadas en la consecución de la elusión fiscal, dentro de la figura del negocio indirecto, y en el que los negocios, los contratos u operaciones típicas resultan ser una simple pantalla jurídica o medios en la consecución de fines buscados por las par-*



*tes. Como es conocido en el negocio indirecto u oblicuo se invierte la relación normal entre motivo y causa jurídica, el propósito último de los instrumentos pasa a ser aquí causa del negocio, en tanto que la causa típica legal de este negocio se convierte en puro medio para la consecución de aquel fin, lo que nos ha de llevar a significar la falta de virtualidad a los efectos que pretende la parte recurrente en la distinción que ofrece entre la causa del negocio y la intención o finalidad subjetiva buscada con el mismo.*

*A nuestro entender la calificación de las operaciones desde el punto de vista tributario resulta acertada, pues se observa que se valen de negocios que desde el punto de vista mercantil son correctos y lícitos, pero con una clara finalidad, que no es la típica de las convenciones acaecidas, sino que el fin que se persigue es distinto de la causa-fin de aquellos; la intención de los esposos con la realización de las operaciones, sólo adquiere sentido en relación a la obtención de unos efectos diversos a los típicos de las operaciones llevadas a cabo, y que se concretan en el ahorro fiscal mediante la elusión de la carga tributaria que conllevaba el pago de los dividendos. La causa-fin de las citadas operaciones se imbrican inescindiblemente con los aspectos subjetivos, descubriendo la verdadera intención perseguida. Objetivamente ningún reparo cabe hacer en cuanto aparentemente la causa típica de las operaciones realizadas coinciden con la forma exteriorizada, pero cuando se descubre cuál es el verdadero fin perseguido, resulta evidente que dicha causa típica se halla vacía de contenido, se acuerdan una serie de operaciones que en puridad sirven para un fin determinado, agrupar el patrimonio familiar en una empresa holding, pero es evidente que a través de las mismas el fin pretendido es bien distinto. Estamos ante un supuesto paradigmático de negocio indirecto en el que la intención de las partes, desnaturaliza la causa finalidad de las operaciones realizadas, existe una la falsa causa-fin de las operaciones realizadas.*

*Como en otras ocasiones hemos señalado, no siempre es fácil identificar plenamente el mecanismo elusivo que se utiliza -no puede obviarse que su delimitación es fruto de construcciones dogmáticas de fácil identificación teórica, pero de, a veces, sinuosos perfiles en la realidad-, las diferencias pueden llegar a ser extremadamente sutiles, el denominador común suele ser el engaño, la ocultación, en definitiva una simulación -así viene a contemplar en el artº 25.2 incorporado en la reforma de 1995, pero que estaba latente en la norma anterior, "en los actos o negocios en que se produzca la existencia de simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados"- , lo relevante es descubrir el mecanismo elusivo, la verdadera intención o móvil de los intervinientes, el negocio subyacente, que dote de la real entidad al fenómeno económico que se pretendía ocultar o encubrir para subsumirlo en la normativa fiscal a propósito, logrando evitar la elusión fiscal para aplicarle el régimen jurídico que proceda, en tanto que la regulación normativa al dotarse de cláusulas genéricas antielusivas -excepto en el supuesto de fraude de ley, cuyo alcance se ha puesto de manifiesto en numerosos pronunciamientos de esta Sala, por todas sentencia de 30 de mayo de 2011-, no requiere la precisión absoluta para su aplicación, basta que a través de la calificación, como aquí se hizo, se posibilite el control de licitud de los contratos, desde el punto de vista tributario, para su sometimiento al régimen fiscal procedente, en cuanto instrumento de protección del interés público atacado por la elusión fiscal.*

*Sobre los hechos tenidos por probados por la sentencia de instancia ninguna duda cabe sobre su realidad, la operación llevada a cabo globalmente compuesta por la serie de negocios intermedios de los que se han dado cuenta, poseen un hilo conductor común, la ventaja fiscal que han producido en los esposos socios de las empresas con perjuicios de la Hacienda Pública, de ahí que sea el presupuesto de naturaleza jurídica o económica, que constituye el "hecho imponible" lo que lleva al tratamiento tributario unitario, como unitaria es la operación perseguida y querida, con el fin de que las consecuencias patrimoniales derivadas de la mera realidad transaccional, la obtención de los elevados beneficios tributarán por el IRPF.*

*Lo que pone de manifiesto la parte recurrente es que no está de acuerdo con la interpretación que hace la sentencia de instancia del conjunto negocial, interpretación que según jurisprudencia reiterada de este Tribunal Supremo, debe prevalecer sobre la particular e interesada de la recurrente, más, si cabe, cuando no se aporta un móvil jurídicamente razonable y atendible, y, en cambio, aparece clara una finalidad de evitar las consecuencias fiscales que a la postre se regularizaron» (Fundamento de Derecho 3º).*

*«A nuestro entender la Sala de instancia explica suficientemente en el Quinto fundamento jurídico de su sentencia, que el carácter simulado de la operación quedó acreditado mediante la prueba de presunciones a partir de determinados hechos suficientemente justificados y que expresamente son recogidos en la misma.*

*(...) Para cualquier observador imparcial, atendiendo a las relaciones de las personas intervinientes, las características de las sociedades implicadas y las titularidades de las participaciones y el modo de practicarse las operaciones, se descubre que de no haber mediado estas operaciones las cantidades recibidas por los socios lo hubieran sido en su condición de dividendos. Al actuar como ha quedado descrito el resultado es que estos "dividendos" son percibidos por los esposos sin tributar por los mismos, y careciendo las operaciones vistas de causa económica -que por cierto, como denuncia la Sra. Abogada del Estado, no explicada por la recurrente-, ninguna razón económica explica la creación de la deuda de [la sociedad patrimonial] (...) con sus socios, y como dicha operación carece de la misma, la conclusión se impone, puesto que no tiene otra explicación ni otra razón de ser que la de evitar el gravamen que hubiera recaído sobre los citados esposos. El carácter simulado de la operación nos resulta patente, como bien explica la Sala de instancia.*

*Como decimos, este Tribunal considera que el entramado operativo creado tuvo la finalidad vista, pero aún de tener dudas, debemos recordar que la simulación es un hecho cuya prueba corresponde a la parte que la afirma y en cuanto hecho pertenece al ámbito de la exclusiva potestad de los jueces de la instancia para decantar la realidad que se encuentra en la base del litigio. Como se ha puesto de manifiesto la Sala de instancia ha realizado un serio y riguroso examen y valoración de las pruebas que tuvo a su disposición, ha juzgado que la Administración justificó la existencia de la simulación partiendo de unos datos ciertos que autorizan a presumirla. El problema, por tanto, no es de carga de la prueba y de a quién incumbe acreditar los presupuestos fácticos, sino que la Sala de instancia se ha inclinado por considerar que los hechos han quedado acreditados, por lo que una vez acreditados pierde virtualidad alguna la regla de la carga de la prueba, la que tiene su papel en los casos en los que los hechos no hayan quedado acreditados, no se haya despejado las posibles dudas existentes, en cuyo caso ante dichas dudas y la falta de certeza, los efectos debe soportarlos el que obligado a soportar la carga de la prueba no logra despejar las dudas existentes» (Fundamento de Derecho 4º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4044/2014, Fundamento de Derecho 2º, motivos 7º al 9º) califica un supuesto semejante como simulación, si bien arriba a la misma conclusión de considerar la existencia de un dividendo a favor de los socios vendedores de sus participaciones en la sociedad que efectúa el reparto.



### IV.3. NEGOCIO INDIRECTO: APLICACIÓN RETROACTIVA DEL PRECEPTO SOBRE CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA EN CUANTO A LA EXCLUSIÓN DE SANCIONES

**La figura del negocio indirecto**, que hasta la entrada en vigor de la LGT 2003 podía considerarse diferenciada del fraude de ley (art. 24 LGT 1963), **queda subsumida en el supuesto más amplio de conflicto en la aplicación de la norma tributaria**, que abarcaría los casos de fraude de ley y de negocio indirecto, desde la entrada en vigor del art. 15 LGT 2003. A partir de entonces, en aplicación retroactiva del régimen sancionador más favorable, las infracciones cometidas con anterioridad mediante negocio indirecto quedan "des-tipificadas", debiendo quedar sin efecto las sanciones no firmes impuestas.

#### *IV.3.1. Ampliación de capital con venta de derechos de suscripción, y depósito por un importe equivalente al precio de venta a disposición del comprador (IRPF)*

STS de 14 de febrero de 2013 (Recurso 1543/2012)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Dos sociedades vinculadas, que operan en el sector asegurador, acuerdan ampliar al doble su capital social, de 150 a 300 millones y de 25 a 50 millones, respectivamente. Inmediatamente se acuerda la transmisión por los socios de todos sus derechos de suscripción. El precio fijado para esta venta es de 3.500 millones de pesetas (notablemente elevado en relación con el nominal, que es la cantidad que debe desembolsarse para hacer efectivos los derechos). Simultáneamente, los socios vendedores se obligan a depositar una cantidad equivalente al precio de venta (o ligeramente superior) en una entidad financiera que posee el control de la compradora (al ser titular del 100 por 100 de su capital). El depósito podrá retirarse por los socios vendedores cuando tenga lugar la venta futura de las acciones (prevista en un acuerdo celebrado entre las partes) a una tercera entidad, que será la adquirente definitiva de la participación.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT considera que la venta de los derechos y el correlativo depósito por los vendedores de un importe equivalente a disposición de la entidad compradora, siendo negocios independientes, al producirse de manera simultánea (y en conjunción con otra serie de pactos) neutralizan sus respectivos efectos jurídicos, sirviendo a una finalidad distinta de la que les

resulta propia. Con ello las partes pretendían en realidad adelantar formalmente la transmisión de los derechos de suscripción, para no tener que someterse a la nueva normativa sobre tributación de estos supuestos, cuya entrada en vigor se vislumbraba próxima. En consecuencia, se califica el supuesto como negocio indirecto, estableciéndose su tributación atendiendo a los efectos últimos que produce el conjunto de pactos alcanzados, es decir, considerando que la única venta relevante es la producida de forma definitiva (con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa en cuestión). La consideración como negocio indirecto hace innecesario que se tramite un expediente especial de fraude de ley. Por otra parte, se imponen las sanciones correspondientes por falta de declaración e ingreso.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo acepta implícitamente la calificación del supuesto como negocio indirecto, si bien considera que tras la entrada en vigor de la LGT de 2003 la citada categoría negocial queda subsumida (junto al fraude de ley) en la definición de "conflicto en la aplicación de la norma tributaria". En consecuencia, por cuanto se refiere a las sanciones, resulta de aplicación con carácter retroactivo (como régimen sancionador más favorable) el art. 15 LGT 2003, al excluir la aplicación de sanciones en este tipo de casos:

*«[L]a Sala de instancia expone su argumentación, soporte de la desestimación del recurso contencioso-administrativo y de confirmación de la resolución del TEAC, en los siguientes términos:*

*"Los accionistas celebraron conjunta y coordinadamente dos contratos típicos (venta y simultáneo depósito), regulados de forma independiente en el ordenamiento jurídico, pero que al sincronizarlos en la forma en que lo hicieron provocaron la neutralización de sus principales efectos y, con ello, la obtención de un fin distinto al que les es propio. Por las razones expuestas y porque, en síntesis, no se está, cualesquiera sean sus expresiones literales, ante un contrato de compraventa y otro independiente de depósito, sino ante un contrato atípico y complejo, susceptible de ser calificado, incluso, de negocio indirecto que, con el ropaje formal expresado, encubre la realidad de una operación mixta de cesión o transmisión, no en propiedad, de los derechos de suscripción, sino una deliberada finalidad de diferir en el tiempo o «congelar» la situación, en manos de entidades coordinadas, hasta la producción del cambio normativo, posiblemente de conocimiento restringido (...)"*

*En la práctica, la línea fronteriza entre los distintos negocios jurídicos anómalos es en gran parte de las ocasiones muy tenue, y a ello debe añadirse que en el caso que resolvemos, la sentencia, que, insistimos, es a la que hay que estar, tras resumir la posición del TEAC en la forma que se ha expuesto, no califica las operaciones antes descritas como simulación (artículo 16 de la Ley 58/2003) y, por otra parte, llega a afirmar que el resultado de la conjunción de la venta de los derechos de suscripción y de su depósito es un negocio jurídico susceptible de calificarse de "indirecto".*

*Sobre tales premisas, ha de señalarse que el artículo 15 de la Ley 58/2003, General Tributaria establece:*

*[Se reproduce a continuación el texto del artículo 15 LGT 2003, en su redacción original, donde se excluía totalmente la aplicación de sanciones]*

*Los requisitos de la artificiosidad y el de la ausencia de motivo económico válido, así como el de la obtención de una ventaja fiscal que no se hubiese logrado con el negocio usual, los cumplen tanto el negocio en fraude de ley como el negocio indirecto. De ahí la referencia a uno y otro en las Sentencias de esta Sala de 30 de mayo de 2011 (recurso de casación 1062/07) y 23 de febrero de 2012 (recurso de casación 821/08).*

*Y la inexistencia de sanción, establecida en el apartado 3 del artículo 15 hace que debamos estimar los motivos formulados por los recurrentes, al estar destipificada la infracción, tal como se alega» (Fundamento de Derecho 3º).*

## V. SIMULACIÓN

### V.1. SIMULACIÓN: DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE OPERACIONES Y NEGOCIOS SIMULADOS. DOCTRINA GENERAL:

**Constituye simulación** la creación de sociedades o la transmisión de participaciones sociales con finalidad distinta de la declarada, o la utilización de sociedades como pantalla para encubrir operaciones directas entre el socio y su destinatario final, siempre con el único resultado de aprovechar ventajas fiscales o eludir la tributación. También puede considerarse simulada la compra de activos, o el precio satisfecho a tal efecto, como medio de generar deducciones fiscales, cuando las circunstancias evidencien una ausencia de lógica económica en las operaciones realizadas.

*V.1.1. Constitución de una sociedad con la supuesta finalidad de concentrar un segmento de la actividad empresarial y aplicación de los beneficios fiscales por reinversión (IS)*

STS de 22 de junio de 2015 (Recurso 2496/2014)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad transmite una participación social en otra entidad, obteniendo una importante plusvalía. El importe percibido por la transmisión se destina a suscribir el capital de otra sociedad de nueva creación, que pese a tener como objeto social declarado la actividad de promoción inmobiliaria, no llega a desarrollar dicha actividad ni ninguna otra actividad económica significativa (salvo por la compra testimonial de un inmueble y su arrendamiento a terceros). La sociedad perceptora de la plusvalía aplica, en su declaración del IS, la deducción por reinversión de beneficios.

## CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración tributaria considera que el supuesto es constitutivo de simulación, estimando que la intención declarada en la constitución de la sociedad inactiva (convertirse en destino de la inversión a fin de concentrar la actividad inmobiliaria del grupo empresarial) no se corresponde con la realidad, ya que el destino efectivo de los fondos invertidos fue la simple constitución de depósitos financieros a plazo bajo la titularidad formal de la nueva entidad. Se imponen además las sanciones correspondientes por inexactitud de la declaración, ya que se declaró la concurrencia de los requisitos para aplicar una deducción a la que en realidad no se tenía derecho.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda el criterio administrativo, al apreciar que existe simulación relativa, pues se declara frente a terceros la realización de un negocio de desconcentración empresarial (con sus correspondientes reinversiones), cuando la verdadera operación se limitaba a colocar en una cuenta financiera a plazo el producto de la transmisión de activos empresariales:

*«Pues bien, para empezar, se ha de dejar claro que la Sala de instancia no hace la identificación que le atribuye la recurrente; no dice que una "sociedad inactiva" sea una "sociedad simulada", sino, con mayor precisión, indica que en la creación de «(...)» hubo un componente de ocultación, en la medida en que bajo la apariencia de la constitución de una nueva compañía en la que concentrar la actividad inmobiliaria del grupo se mantuvo la misma estructura (el administrador de ambas sociedades era una única persona, el Sr. [...]), pues esa actividad siguió realizándose por «(...)» [sujeto pasivo], colocándose las sumas reinvertidas en la nueva sociedad en una cuenta de ahorro a plazo. De estas circunstancias obtiene que la operación realizada carece de justificación mercantil y económica (apreciación avalada por el perito judicial), explicándose únicamente por la ventaja fiscal.*

*Existe simulación, como es sabido, cuando no hay causa para un negocio (simulación absoluta) o cuando bajo la causa aparente o falsa de un negocio subyace la auténtica (simulación relativa). Dicho en otras palabras, se produce simulación cuando se presenta a terceros un negocio que nunca se realizó (simulación absoluta) o que, como acontece en el presente caso, encubre al realmente querido (simulación relativa), ofreciéndose al exterior como una operación de desconcentración empresarial con las consiguientes reinversiones lo que no era más que una práctica financiera consistente en colocar en una cuenta bancaria de ahorro a plazo el numerario obtenido con la venta de activos empresariales, sin que, en la realidad de las cosas, hubiese cambio alguno en la estructura del grupo, ni desde el punto de vista de la toma de decisiones ni desde el material de la actividad realizada (Fundamento de Derecho 3º).*

*(...) [E]n el caso analizado el artificio no ha consistido en ocultar un negocio tras otro aparente con la finalidad de exteriorizar un hecho imponible distinto y fiscalmente más benigno, sino con la de obtener indebidamente un beneficio fiscal» (Fundamento de Derecho 4º).*

*«(...) No se trata de una reinversión en una sociedad inactiva, sino de la creación de una con la finalidad de aparentar una reinversión que no lo era tal, sino una mera colocación*

*de activos financieros. La recurrente deberá estar de acuerdo en que si hubiera ella directamente abierto una cuenta a plazo no habría tenido derecho a la deducción, por ello debe estarlo también en que la creación de una sociedad con el único fin de canalizar esa operación financiera no es más que un artificio con la finalidad de alcanzar un beneficio del que de otra manera no hubiera disfrutando. Y siendo ello así, pierden toda relevancia a los efectos que pretende los precedentes del Tribunal Central que cita, pues contemplan un escenario distinto y, por ello, no sirven para justificar dudas en la interpretación de la norma y para amparar una conducta que no responde a una interpretación posible dentro de las razonables del artículo 42 del texto refundido de 2004, sino a un simple engaño para alcanzar indebidamente la ventaja fiscal» (Fundamento de Derecho 5º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 4 de noviembre de 2015 (Recurso 100/2014, Fundamento de Derecho 6º), de 22 de junio de 2016 (Recurso 3176/2014).

#### *V.1.2. Constitución de una sociedad con la supuesta finalidad de concentrar un segmento de la actividad empresarial y aplicación de los beneficios fiscales por reinversión (IS)*

STS de 22 de junio de 2016 (Recurso 3176/2014)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad es titular de unos terrenos, en los que se ha iniciado una promoción de viviendas. Para satisfacer supuestos motivos relacionados con la mejora de la gestión económica de la actividad, los citados terrenos son aportados a una nueva sociedad, constituida con tal fin. Posteriormente, la participación en esta última se transmite a una tercera sociedad, constituida por la titular original de los terrenos, realizándose de ese modo la plusvalía acumulada en éstos. Al considerar que la participación transmitida en esta última operación constituía un elemento del inmovilizado, la transmitente aplica la norma que permitía el diferimiento por reinversión (que no hubiera podido aplicar de transmitir directamente los terrenos, sin su previa aportación a otra entidad, ya que éstos constituían existencias en el patrimonio original de la entidad transmitente).

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración considera que la aportación de los terrenos en la constitución de la primera sociedad, así como la aportación de las participaciones en ésta al constituirse la segunda, son operaciones simuladas con la única intención de ocultar la verdadera operación realizada, que no es otra

que la aportación de los terrenos constitutivos de existencias de la actividad empresarial, cuya plusvalía por tanto no puede acogerse a los beneficios fiscales por reinversión. Se aplican las sanciones correspondientes al apreciarse una infracción consistente en dejar de ingresar la deuda tributaria.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo da la razón a la Administración y estima que existen evidencias suficientes para considerar que son simuladas las actividades de las sociedades constituidas, siendo el único fin de las operaciones realizadas el de "transmutar" existencias en activo fijo para así aparentar que se cumplan los requisitos de aplicación del beneficio fiscal por reinversión:

*«La simulación cuya concurrencia se discute en estos autos radica en que unos bienes radicalmente inidóneos para la inversión controvertida, (existencias) se transmutan, mediante las operaciones cuya simulación se preconiza, en bienes de naturaleza distinta, (activo inmovilizado). Es esta transmutación, la que requiere los negocios celebrados y es en esa celebración con el propósito enunciado, donde radica la simulación, objetivo que es tanto más manifiesto cuando más oculto es el mecanismo utilizado. Es frecuente sostener que la simulación se circunscribe a los elementos objetivables. Contrariamente, el rechazo que la simulación comporta es más censurable y rechazable cuando se produce mediante mecanismos ocultos no fácilmente identificables, pero no por ello menos manifiestos que, es, lo que aquí sucede.*

*De otro lado, es evidente que la «transmutación» negociacional de «existencias» en «activo fijo inmovilizado» no es una economía de opción porque no es una opción legítima transmutar la naturaleza de las cosas sin que medie una circunstancia que lo justifique, y tampoco un fraude de ley, pues aunque se haya producido e incardinado en un complejo negociacional, en este tipo de operaciones, la simulación ha de ser descartada, con carácter previo, a la consideración del fraude de ley, y no al revés, como a veces se preconiza.*

*Tampoco puede hablarse de una «interpretación económica» pues es evidente que entre el punto de partida (existencias) y el de llegada (activo fijo) se ha producido una mutación jurídica que con independencia de la ausencia de justificación ha sido consciente y voluntariamente buscada y ocultada.*

*Dicho todo lo anterior es indudable que la operación sólo pudo ser llevada a cabo por la concurrencia de medios personales y materiales que la posibilitaran.*

*En primer lugar, la identificación de los administrados de una y otra entidad. Es verdad que la identidad no es total, pero es claro que las mínimas diferencias personales son irrelevantes tanto en términos cuantitativos como cualitativos a la hora de adoptar decisiones.*

*En segundo lugar, los medios materiales empleados son, básicamente, los de la entidad originaria.*

*Precisamente por ello, la realidad de la edificación tuvo que ser llevada a cabo por la entidad originaria, así como las licencias de obras, contratos de prestación de servicios y todas las actividades necesarias de apoyo a la gestión.*

*Otro tanto cabe decir de los estudios de viabilidad que fueron realizados en fecha muy anterior a la creación de la entidad (...). Idéntica conclusión ha de obtenerse del hecho de que la venta de viviendas fue iniciada por la entidad originaria con anterioridad a la*

*creación de las segundas entidades y que, en definitiva, demuestra que todas las actividades posteriores de las entidades creadas son inexistentes y sólo han servido para propiciar, facilitar y conseguir la transmutación de las «existencias» en «activo fijo» tras un complejo negocial aparentemente lícito pero que produce un efecto intrínsecamente contrario al admitido ordenamiento jurídico» (Fundamento de Derecho 7º).*

*«(...) Si la culpabilidad es a título de dolo o culpa, que es lo que las resoluciones originarias afirman, es indudable que se está sosteniendo que la culpabilidad, al menos, a título de culpa concurre, lo que se razona de modo suficiente, y bastante para la imposición de la sanción controvertida, en el acto impugnado.*

*Desde nuestro punto de vista es manifiesto, y estimada la simulación, que estamos en presencia de una conducta merecedora de la sanción impuesta y que mediante un entramado negocial que el Derecho no permite ha pretendido un efecto jurídico que no habría tenido lugar sin ese entramado» (Fundamento de Derecho 8º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 22 de junio de 2015 (Recurso 2496/2014) , de 4 de noviembre de 2015 (Recurso 100/2014, Fundamento de Derecho 6º).

#### *V.1.3. Constitución por una persona física de varias sociedades operativas y una de cartera. Concatenación de operaciones societarias y transmisiones posteriores (IRPF)*

STS de 29 de octubre de 2012 (Recurso 3781/2009)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una persona física constituye varias sociedades operativas en el sector de la producción de materiales para la construcción. La misma persona física constituye una sociedad de cartera. A continuación, transmite las participaciones en esta última a su padre (sin que se acredite la entrega del precio en efectivo), justo antes de acometer una ampliación de capital en las cuatro entidades operativas, transmitiendo los derechos de suscripción por un elevado precio a la entidad de cartera (no tributando la persona física por esta venta, por aplicación del régimen entonces vigente para la transmisión de derechos de suscripción). Inmediatamente después, la sociedad de cartera transmite de manera definitiva el 80 por 100 de las acciones de las sociedades operativas a una tercera entidad. Por último, las participaciones en la sociedad de cartera se transmiten a otras sociedades de inversión mobiliaria controladas por la misma persona física. Como consecuencia, los rendimientos obtenidos tributan conforme al régimen especial aplicable a ese tipo de entidades.



## CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT considera que el entramado de operaciones societarias y transmisiones de participaciones, controladas en última instancia por una sola persona física, titular original de las explotaciones económicas que constituyen el activo fundamental (virtualmente único) de las sociedades operativas, constituyen un supuesto de simulación. En particular, se considera simulada la ampliación de capital y la consiguiente transmisión de derechos de suscripción a la sociedad de cartera. Asimismo, se considera que también las sociedades de inversión mobiliaria adquirentes en última instancia de la sociedad de cartera, tienen carácter instrumental y, por tanto simulado, siendo su única función la de lograr que los rendimientos percibidos aprovechen las ventajas fiscales propias de ese tipo de entidades.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Administración, considerando en primer lugar que la existencia de un pronunciamiento previo de la jurisdicción penal, por el que se declaraba la inexistencia de ocultación a efectos de apreciar el tipo de defraudación, no impide la calificación de los hechos como simulación en el procedimiento inspector de acuerdo con la normativa tributaria. A continuación, señala que el entramado comercial puesto en práctica constituye un supuesto de simulación, por no responder a la realidad típica que justificaría el empleo de tales formas jurídicas:

*«Según el Tribunal de instancia, en contra del criterio del TEAC de que las consideraciones que hacen los Tribunales Penales fuera de los hechos probados no son vinculantes, el pronunciamiento absolutorio no podía ser obviado por la Administración Tributaria, ni por la Jurisdicción, pues la ausencia de simulación apreciada por la Jurisdicción Penal no se limitó a una mera calificación de los hechos, sino que se adentró en la individualidad de cada uno de los negocios emprendidos para culminar con la conclusión de que todos ellos eran válidos y eficaces, lo que cierra el paso a que las mismas operaciones puedan ser calificadas de manera diferente. al amparo del art. 25 de la Ley General Tributaria.*

*Este criterio no puede ser compartido por la Sala, ya que aunque en la apreciación sobre la existencia o no de simulación existe una base fáctica importante, lo cierto es que la Jurisdicción Penal, por las razones que aduce, y analizando cada una de las operaciones realizadas aisladamente, solo llegó a la conclusión de que los hechos que se declararon probados no eran constitutivos de delito, pronunciamiento que no podía vedar a la Administración Tributaria, ni a los órganos revisores a valorar los mismos hechos desde un punto de vista jurídico fiscal, al ser diferentes los modos y criterios de enjuiciamiento en las diversas jurisdicciones con respecto a los hechos que a ellas pueden sometérselos, por prestarse los mismos a diversas modulaciones en relación con las normas aplicables, de estructura finalista distinta y, por tanto, con eficacia o efectos diferentes.*

*(...) Por ello, cuando el asunto vuelve a la Administración tras la sentencia absolutoria, siempre que se respetan los hechos probados, nada impide continuar el procedimiento y resolver lo que proceda desde el plano estrictamente fiscal.*



*Debe recordarse que la propia sentencia de la Audiencia Provincial, cuando confirma la absolución de la recurrente, aunque rechazó la posibilidad de que la conducta pudiera ser calificada como fraude a la Ley Tributaria como había interesado el Abogado del Estado, admite que podría tener trascendencia, en la esfera administrativa tributaria, pero nunca en la órbita penal» (Fundamento de Derecho 5°).*

*«No mejor suerte ha de seguir el motivo que niega la existencia de simulación, toda vez que la Sala considera que existen indicios suficientes para concluir que todo el complejo comercial realizado ocultaba, de un lado, una verdadera transmisión de las acciones (...), y de otro, la imputación de rendimientos de capital mobiliario (...) desviados a sociedades de inversión mobiliaria, tributando de forma reducida.*

*(...)*

*Todos estos hechos, apreciados en su conjunto, nos lleva a la figura de la simulación que apreció la Inspección y confirma el TEAC, ya que el recurrente realizó una serie de negocios, que no respondían a la realidad típica que les justifica, utilizando a la (...) [sociedad de cartera] como pantalla, al hacerla aparecer como titular de rendimientos y derechos cuando el titular real era D. (...), siendo éste quien vende a aquélla los derechos de suscripción preferente, para permitirle perfeccionar con posterioridad la suscripción de las nuevas acciones, lo que hace posible luego la venta de las mismas a la entidad inglesa por (...) [sociedad de cartera] y el posterior desvío de los rendimientos a otras sociedades de inversión mobiliaria, también instrumentales y controladas por el recurrente» (Fundamento de Derecho 7°).*

#### *V.1.4. Aportación no dineraria de acciones de una sociedad a otra vinculada (en régimen de transparencia y controlada por otra no residente vinculada a ambas), con posterior venta de los títulos (IS)*

STS de 3 de mayo de 2012 (Recurso 73/2008)

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

La sociedad A realiza una aportación no dineraria a la sociedad B (en régimen de transparencia fiscal y controlada indirectamente por la primera a través de una tercera sociedad C, residente en los Países Bajos). El objeto de la aportación es una participación en la sociedad D. De acuerdo con la norma específica de la LIS entonces vigente, la sociedad A no debe tributar por la plusvalía latente correspondiente a dicha participación. Acto seguido, la sociedad B transmite la participación recibida en la sociedad D a un tercero, la sociedad E. Esto determina que la plusvalía obtenida por la sociedad B (transparente) se impute a la sociedad C (titular del 99 por 100 de su capital). La sociedad C, como residente en los Países Bajos, se beneficia de una tributación especialmente ventajosa.

#### **CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La AEAT califica el supuesto como simulación, al considerar probado que

la operación societaria de aportación, así como la posterior venta de los títulos por la sociedad transparente vinculada a la aportante, son operaciones simuladas para encubrir otra operación de venta directa por parte de ésta al adquirente final, que sería el negocio "disimulado". Para alcanzar tal conclusión se aducen como pruebas indiciarias, entre otras, la posición de control que la aportante ocupa respecto a la vendedora formal de los títulos, así como respecto a la propietaria del 99 por 100 de ésta, la existencia de una negociación previa entre la titular original de la participación y la adquirente final, la inmediatez de los distintos negocios en el tiempo, o la inactividad que hasta ese momento acreditaba la sociedad receptora de los títulos y formalmente vendedora. La apreciación de simulación implica que no se tramite un expediente especial (exigido sólo para los supuestos de fraude de ley) y la aplicación de sanciones (excluida sólo también para supuestos de fraude de ley).

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la existencia de simulación y las consecuencias correspondientes (no necesidad de expediente especial para su declaración, e imposición de las correspondientes sanciones):

*«Ha quedado demostrado la existencia de la simulación, pues la interposición de aquella sociedad, es puramente aparente y no se basa en la voluntad real de las partes de realizar una aportación no dineraria a la misma, sino que lo realmente realizado es una operación de venta directa de [sociedad A] a [sociedad E], evitando el coste fiscal que la misma comportaría. Hay por tanto una simulación, que cualquiera la forma en que se califique, supone una causa falsa en el negocio realizado, que es lo realmente demostrativo de la existencia de simulación.*

*Los datos de que se parten para obtener esta conclusión están plenamente contrastados en las actuaciones y se indican en la sentencia de forma clara (...).*

*De estos hechos extrae la consecuencia de que:*

*"la aportación no dineraria a [sociedad B] constituye un negocio simulado porque las acciones siguen realmente en poder de [sociedad A], no obstante el negocio realizado, quien las transmite a [sociedad E], siendo la sociedad interpuesta el instrumento para poder reducir su tributación. En efecto, se ha simulado una aportación, utilizado una Sociedad interpuesta o "pantalla jurídica", cuando lo realmente querido por las partes era hacer tributar la plusvalía mobiliaria derivada de la transmisión de acciones conforme a las disposiciones del Convenio de doble imposición con Holanda, fiscalmente más beneficiosas que las derivadas de la legislación fiscal española, faltando realmente la causa de la aportación (...).*

*Y ello implica que tras esta operación no existía realmente negocio alguno, simulación absoluta, no obstante lo que se hace constar a través de las operaciones origen de la actuación inspectora".*

*Las conclusiones de la Sala de instancia han de aceptarse en esta vía, pues los hechos de que parten no han sido desvirtuados, y su valoración no puede ser corregida en casación, siendo además la consecuencia, lógica según las reglas del criterio humano, cual exige*

*para la prueba de presunciones, el artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, como señala el Abogado del Estado, no se entiende "el por qué de una operación tan complicada (los motivos a que la misma obedece), cuando el resultado final obtenido pudo (que los títulos pasasen a ser propiedad de la sociedad E) obtenerse mediante una sencilla operación directa entre ésta y la propietaria de los mismos y hoy demandante. Y no cabe duda que tal explicación razonable y convincente (...) debe ser justificada (ex art. 114 de la Ley General Tributaria) por la parte contraria".*

*Siendo, por tanto, un negocio simulado, no puede hablarse, como pretende la recurrente, de fraude de ley, pues los hechos de la operación no son auténticamente reales y ya se ha dicho que son una mera apariencia de lo verdaderamente ejecutado (...).*

*En relación con la sanción, baste señalar que se ha declarado una base imponible inexacta, acudiendo para ello a un mecanismo que no respondía a la finalidad de la operación, con el consiguiente perjuicio económico para la Hacienda Pública, de tal forma que la inexactitud no habría sido descubierta sin la correspondiente actividad inspectora. Por ello decaen los argumentos esgrimidos en el escrito de interposición relativos a la falta de culpabilidad, de una interpretación razonable de la norma o de falta de voluntariedad, ya que la norma es clara, la voluntad de eludir el impuesto es patente, al realizar la operación a través de persona interpuesta, sin que hubiese una intención de declarar la verdadera causa, la que se ocultó mediante una compleja operación. Por otra parte, no puede operar el principio de igualdad ya que en materia sancionadora la actuación administrativa es reglada, y si existen los hechos infractores hay que sancionarlos, y no puede hablarse de lesión de la presunción de inocencia, cuando las conclusiones obtenidas sobre la conducta del infractor derivan de una serie de datos plenamente probados» (Fundamento de Derecho 3º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 18 de marzo de 2013 (Recurso 392/2011).

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO DIFERENTE (APARENTE CONTRADICCIÓN):

STS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 2536/2007): califica supuesto similar como fraude de ley, habiéndose tramitado por la Administración procedimiento especial de fraude de ley y sin aplicación de sanciones. Asimismo, en sentido aparentemente distinto, SSTs de 22 de marzo de 2012 (Recurso 2293/2008), 22 de junio de 2016 (Recurso 2218/2015).

#### *V.1.5. Aportación no dineraria a sociedad controlada por el mismo grupo familiar. Generación artificiosa de pérdidas*

STS de 8 de marzo de 2012 (Recurso 4789/2008)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una persona física ha obtenido cuantiosas ganancias patrimoniales a consecuencia de una transmisión de acciones. Durante el mismo ejercicio concurre a la ampliación de capital de una empresa controlada por su grupo

familiar, aportando diversos bienes que son valorados a tal efecto muy por debajo de sus valores reales (por aplicación de los criterios vigentes entonces a tal efecto), lo que da lugar a importantes pérdidas que sirven para enjugar las ganancias obtenidas.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección concluye que las aportaciones no dinerarias de acciones e inmuebles realizadas son un negocio simulado con simulación absoluta, por el que se disimula una voluntad manifestada secretamente por el contribuyente, defraudar a la Hacienda Pública, creando una disminución de patrimonio de carácter ficticio que le sirviera para compensar los beneficios reales obtenidos en la venta de acciones durante ese mismo ejercicio.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda el criterio administrativo y afirma que las disminuciones patrimoniales resultantes de las aportaciones no dinerarias son ficticias, por lo que no debieron surtir efecto en la declaración de la contribuyente:

*«En efecto, la sentencia impugnada razona en el Fundamento de Derecho Octavo del siguiente modo:*

*"(...) Vaya por delante que correspondía a la Administración acreditar la existencia de la maquinación [artículos 114 y siguientes de la Ley General Tributaria de 1963 y 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero)], a cuyo fin podía acudir, incluso, a las presunciones (artículo 118, apartado, 2 de la Ley General Tributaria de 1963), pues rara vez se verifica directamente la existencia de un ardid que no trasciende la intención de sus autores. Como es sabido, dicha clase de prueba resulta válida si parte de unos hechos constatados por medios directos (indicios), de los que se obtienen, a través de un proceso mental razonado, acorde con las reglas del criterio humano y suficientemente explicitado, las consecuencias o los hechos que constituyen el presupuesto fáctico para la aplicación de una norma (presunciones) [artículo 396, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 y, entre otras muchas, sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985 (f.j. 6.º) y 120/1999 (f.j. 2º)].*

*Pues bien, a juicio de la Sala, los órganos económico-administrativos han cumplido en el caso con la carga que les correspondía, haciendo un uso correcto de los hechos debidamente acreditados: 1º) la falta de independencia de voluntad de la aportante y de quien recibe la aportación; 2º) No obedecer la ampliación de capital a ninguno de los fines mercantiles propios; 3º) la aportante sigue ostentando el control de los inmuebles aportados; 4º) en último término, no puede dejar de resaltarse la "extrañeza" que causa el hecho de que se aporten bienes por un importe de 785.000.000 ptas para recibir a cambio acciones por un valor de 89.773.000 ptas.*

*De los anteriores hechos, incontestados, la consecuencia que se obtiene no puede ser otra que la de que el entramado descrito tenía el objetivo de "esquivar" la carga tributaria derivada de la ganancia patrimonial obtenida como consecuencia de la venta de acciones (...)"» (Fundamento de Derecho 3º).*

«[L]a Sala de instancia construye de forma sólida la presunción que declara.

*En efecto, pone de relieve que la ampliación de capital de la sociedad (...) no responde a ningún fin propio de este tipo de operaciones.*

*Por otra parte, resalta la circunstancia, nunca explicada, de como es posible que se aporten bienes por importe de 785.000.000 ptas para recibir acciones por un valor de 89.773.000 ptas.*

*Por último, la entidad (...) es una sociedad familiar, en la que la hoy recurrente tiene la participación mayoritaria (48,49%) y su hermana, que antes de dicha operación tenía la misma participación, tiene ahora la del 45,88%; en fin, el resto del capital pertenece al padre de ambas, con una participación del 5,63%. Y si bien es cierto que la sentencia indica que "la aportante sigue ostentando el control de los inmuebles aportados", no lo es menos que con anterioridad ha puesto de relieve el hecho resaltado por el Inspector, cuya calificación luego se ratifica, de que "los aportantes (las dos hermanas) siguen ostentando el control de los inmuebles aportados...". Bajo estas circunstancias no es posible defender la nota de independencia que se mantiene en el recurso.*

*La inferencia obtenida por la Sala se estima correcta, esto es, "el entramado descrito tenía el objetivo de <<esquivar>> la carga tributaria derivada de la ganancia patrimonial obtenida como consecuencia de la venta de las acciones (...)". Dicho en otras palabras, se llevan inmuebles y valores a la sociedad (...), en exceso sobre el valor de las acciones recibidas, y con ello se provocan "disminuciones patrimoniales" que son puramente ficticias, pues aquellos no se ponen en el mercado, sino a nombre de una sociedad controlada en la forma antes expuesta.*

*Así pues, el negocio de aportación puede ser real; lo que es aparente es la existencia de "disminuciones patrimoniales" en la aportante» (Fundamento de Derecho 4º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 349/2014, Fundamento de Derecho 10º in fine):

*«En todo caso, conviene advertir a los recurrentes, frente a su alegación de que la Administración no puede "levantar el velo" de la persona jurídica, que la apreciación de la simulación se debe realizar en su conjunto tal y como sostiene, entre otras, la STS de 8 de marzo de 2012 (rec. 4789/2008 ); sin que sea razonable exigir a la Administración la utilización simultánea de la vía establecida en el artículo 15 de la LGT -conflicto en la aplicación de la norma tributaria-- para que pueda razonar, apreciando el conjunto de la operación, que, realmente, tras determinadas entidades se encuentran los mismos socios» (Fundamento de Derecho 10º).*

También STS de 14 de abril de 2016 (Recurso 3153/2014).

#### V.1.6. Servicios de asesoramiento recibidos por un profesional de una sociedad familiar, cuya contraprestación se deduce como gasto (IRPF/IS)

STS de 14 de abril de 2016 (Recurso 3153/2014)

### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Un profesional satisface cantidades a una sociedad (cuyos únicos socios son el propio profesional, su cónyuge e hijos), en concepto de facturación de servicios de asesoramiento y gestión contable. Los importes satisfechos se declaran como gastos deducibles en el IRPF (donde el tipo marginal aplicable al profesional es el 45 por 100), tributando como ingresos de la entidad perceptora en el IS.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección, a la vista de la operativa societaria utilizada, considera probado que la sociedad es un mero instrumento para desviar una parte de las rentas de la actividad del profesional para su tributación por el IS a un tipo más reducido. En consecuencia, no se reconoce la deducción de los gastos correspondientes a los servicios facturados.

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

En un recurso de casación para la unificación de doctrina, pese a que se declara la no concurrencia de los requisitos procesales para justificar su interposición, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la cuestión de fondo, en particular la referente a la calificación del supuesto por la Inspección, que respalda, y la pretendida necesidad alegada por el recurrente de que se hubiese tramitado a tal efecto un procedimiento especial de fraude de ley, que se rechaza:

*«Con carácter previo al análisis de las identidades entre la sentencia dictada en los presentes autos y las de contraste, el recurrente pone de manifiesto que la sentencia recurrida no se ajusta a Derecho, en su opinión, en todos los aspectos que han sido objeto de regularización por parte de la Inspección si bien el recurso se dirige únicamente contra varios de ellos:*

*1.- Así, y en primer lugar, en lo relativo a la calificación como rendimientos de la actividad profesional del obligado tributario de los rendimientos generados por la entidad "(...), S.L." sobre la base de la interpretación conjunta de la prueba que hace la Inspección- ratificada por la Audiencia Nacional- y que le lleva a considerar que la entidad se ha configurado como un instrumento utilizado por el obligado tributario para desviar parte de los resultados de su actividad hacia una tributación inferior, que supone de facto la aplicación de la teoría del levantamiento del velo; el argumento que constituye motivo de casación estriba en que, aun aceptando la tesis de que la sociedad fuese una entidad constituida con ese propósito-lo cual niega de plano- nos encontramos claramente ante un supuesto de persona interpuesta que debe ser calificado de fraude de ley y no de simulación.*

*(...) De esta manera, para la traslación de las rentas obtenidas por la sociedad "(...), SL"- cuya existencia material no se ha puesto en duda a lo largo de todas las actuaciones- a través del levantamiento del velo, al obligado tributario debería habersele incoado un procedimiento de fraude de ley (actual conflicto en la aplicación de la norma tributaria), sin que el principio de calificación tributaria del que se ha servido la Administración - que, aunque no lo declara expresamente, parecer decantarse por calificar la operativa de*



"(...), S.L." como simulación - sea suficiente para sortear aquel, si de los hechos expuestos en las actuaciones realmente se deduce que estamos antes esta figura, aunque no hay sido expresamente declarada (...)" (Fundamento de Derecho 3º).

La primera cuestión que hemos de examinar se refiere a la **imputación al obligado de las rentas percibidas por la Sociedad (...)** S.L., de la que son socios tanto el obligado como su cónyuge e hijos. La Administración señala que dada la confusión de titularidades y capital considera que la sociedad no es sino un instrumento para detraer rendimientos obteniendo una menor tributación. La sociedad factura los servicios prestados (asesoramiento y gestión contable) al obligado y éste a su vez el gasto en razón de 45%.

El recurrente sostuvo en la instancia que la imputación de los rendimientos de la sociedad al obligado hubiera requerido acudir a la figura de la simulación o incluso haberse incoado un procedimiento en fraude de ley. Es decir, la simulación debió declararse en el Acto de liquidación, cosa que no ha sucedido ( artículo 16.2 Ley 58/2003) ; frente a lo que la Administración sostiene que no es precisa una declaración de simulación en el acto de liquidación sino que es suficiente con que la Inspección realice una adecuada calificación de los hechos. Máxime cuando el procedimiento que nos ocupa, por referirse a hechos anteriores a la vigencia de la actual LGT 2003, no requiere la declaración de simulación.

La sentencia recurrida decía que es cierto que la regularización ha de ajustarse a las normas establecidas en la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, que se encontraban vigentes en el momento de realizarse los hechos imponibles y que la declaración de simulación habrá de ajustarse a las prescripciones señaladas en el artículo 25 de la LGT de 1963 . El nuevo artículo 16.2 de la LGT 2003 exige que la simulación sea declarada en el acto de liquidación. La regulación establecida en el artículo 25 de la LGT de 1963 establecía que los actos o negocios en los que se produzca la existencia de simulación el hecho gravado será el efectivamente realizado por las partes con independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados.

Dicho precepto no contenía una expresa exigencia de declaración de simulación como ahora sucede, pero lo cierto es que la apreciación de la simulación, para poder paliar los efectos de la elusión, gravando el hecho imponible realizado, exigía acreditar y razonar la existencia de simulación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 7 de Julio de 2011, rec. 260/2008).

La Inspección y el Tribunal entienden que es la calificación jurídica de los hechos, actos o negocios jurídicos (artículo 28 LGT 1963 y 13 LGT 2003 ) la que permite gravar el hecho imponible, al margen de la formas jurídicas utilizadas, sin necesidad de acudir a la institución de la simulación. Sin embargo, la Sala observa que los razonamientos que emplea el TEAC y la Inspección, al levantar el velo de la persona jurídica, y examinar la operativa, las formas jurídicas empleadas, y las circunstancias en las que se opera a través de la sociedad, evidencian que se adentra en el terreno de la simulación, porque lo que pone de relieve es que la sociedad no es más que un instrumento o una forma jurídica que interviene para prestar determinados servicios, cuando detrás de la sociedad está el propio obligado que es socio de dicha sociedad.

La motivación del acto impugnado, aun cuando afirma que se trata de un problema de calificación o interpretación de los negocios jurídicos, está incorporando elementos propios de la simulación, que acepta, para poder integrar el hecho imponible y de esta forma gravar rentas que de otro modo no tributarían. De hecho, la conclusión es que el hecho gravado es el efectivamente realizado, al margen de las formas y denominaciones jurídicas utilizadas por las partes; es decir, se le da el tratamiento de la simulación ( artículo 25 LGT 1963 ), prescindiendo de las formas o ardidés utilizados. El artículo 25 de la LGT 1963 dispone que " en los actos o negocios en los que se produzca la existencia de simulación, el hecho imponible gravado será el que efectivamente realizados por las partes, con



*independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados<sup>11</sup>. Lo que quiere decir que si se probase la simulación a efectos fiscales se debe prescindir de la apariencia ficticia o engañosa carente de causa y urdida con finalidad ajena al negocio que se finge y gravar el hecho que efectivamente hayan realizado las partes (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 6 de Octubre de 2010, rec. 4549/2005 ; Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 9 de Diciembre 2009, rec.4282/2004).*

*La Inspección ha acudido a la prueba de indicios( artículo 118.2 LGT/1963 ) de la que ha deducido la existencia de una apariencia, que no es más que el instrumento que permite la ocultación de los rendimientos que se perciben a través de la sociedad, y prescindiendo del ropaje que comporta la sociedad ha imputado al obligado la totalidad de los rendimientos obtenidos en la sede de la sociedad, y a la vez, ha evitado la deducción que practicaba el contribuyente de las sumas que abonaba a la citada sociedad en concepto de servicios prestados a su favor.*

*Frente a los argumentos planteados por la Administración, la Sala de instancia considera que aunque el acto impugnado no emplee formalmente el término simulación y reduzca el debate a un problema de calificación de los hechos, esa falta no constituye una irregularidad invalidante; porque los razonamientos que ha utilizado son los propios de la simulación, que implícitamente está aceptando.*

*La confirmación de la existencia de simulación impide entender que estamos en presencia de un fraude de ley, que exige con carácter general la existencia de dos normas, una de cobertura y otra defraudada, y un negocio que es lícito desde el punto de vista de las normas sustantivas. Aquí el problema no es este, razón por la que hemos de desestimar los motivos aducidos por la recurrente para refutar el acto combatido, esgrimiendo la falta de procedimiento previo en el que se decreta la existencia de fraude( artículo 24 LGT 1963 ) pues no es necesario en el caso de simulación» (Fundamento de Derecho 4º).*

#### *V.1.7. Transmisión de acciones de una sociedad transparente tras haberse llegado a un acuerdo sobre el justiprecio de un inmueble de su propiedad, cuya expropiación se va a producir de manera inminente (IS/IRPF)*

STS de 18 de marzo de 2013 (Recurso 392/2011)

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

La sociedad A, transparente, es titular de un inmueble que va a ser objeto de inminente expropiación (por la que se materializará una importante plusvalía). Después de haberse llegado a un acuerdo sobre el justiprecio, pero con anterioridad a la ejecución del acto expropiatorio, las personas físicas titulares de la sociedad A transmiten sus participaciones a la sociedad B. Ambas sociedades son administradas por la misma persona física, que es, junto con su cónyuge, el titular directo de la transparente, e indirecto de la mitad del capital de la compradora. Como resultado de la operación, la sociedad compradora obtiene una pérdida poco significativa a efectos fisca-

les, pero las personas físicas vendedoras integran la ganancia derivada de la transmisión de sus participaciones en su base imponible especial, imputándola en varios ejercicios debido al aplazamiento del precio pactado, y previa aplicación de coeficientes de abatimiento, en lugar de tributar mediante la imputación de una renta derivada del régimen de transparencia en la base imponible general (como hubiera sucedido de no haber mediado la transmisión de las participaciones sociales).

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT califica el supuesto como simulación, teniendo en cuenta las características de las sociedades implicadas, la titularidad de las participaciones sociales de ambas, y las características de fechas e importes de la operación. Se considera por tanto que la compra de acciones por la sociedad B a los socios de la sociedad transparente A, es una operación simulada o aparente, por lo que a efectos fiscales procede actuar como si no se hubiera realizado esta operación, es decir procede considerar por tanto la adquisición de dichas acciones como inexistente a efectos tributarios. Se formula en el acta propuesta de liquidación comprensiva de cuota e intereses de demora.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la existencia de simulación y las consecuencias correspondientes (integración de la plusvalía derivada de la venta del inmueble como renta imputada de la sociedad transparente en la base imponible general de sus socios personas físicas):

*«La Sala de instancia explica de forma harto expresiva, en el cuarto fundamento jurídico de su sentencia (reproducido en el primer antecedente de esta resolución), que el carácter simulado de la operación quedó acreditado mediante la prueba de presunciones a partir de determinados hechos suficientemente justificados: (i) las características de las sociedades implicadas, (ii) la titularidad de sus participaciones sociales y (iii) las fechas y las condiciones de los tratos, a los que añade (iv) la posición central del Sr. (...) en la operación y (v) y el hecho de pactarse el negocio cuando se conocía el importe del justiprecio. Considera que la operación carecía de causa económica, siendo su razón de ser evitar el gravamen que hubiera recaído sobre los socios personas físicas de (...) [la sociedad transparente A], como consecuencia de los beneficios extraordinarios obtenidos con la venta expropiatoria» (Fundamento de Derecho 1º).*

*«La simulación es un hecho cuya prueba corresponde a la parte que la afirma y en cuanto hecho pertenece al ámbito de la exclusiva potestad de los jueces de la instancia para decantar la realidad que se encuentra en la base del litigio. La Audiencia Nacional, valorando las pruebas que tuvo a su disposición, ha juzgado que la Administración justificó la existencia de la simulación partiendo de unos datos ciertos que autorizan a presumirla. Recuérdese que la prueba de presunciones se admite en el ámbito tributario (artí-*

culos 118.2 de la Ley General Tributaria de 1963 y 108.2 de la Ley homónima de 2003). Así pues, los jueces de la instancia han avalado la utilización por la Administración en este caso de la prueba de indicios, acudiendo ella misma a este instrumento probatorio.

*(...) Es criterio reiterado de esta Sala que la legitimidad de la llamada economía de opción está fuera de duda, porque no afecta al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria [sentencia de 4 de julio(sic) de 2007 (recurso 274/03, FJ 4º, letra d)]. Cuestión diferente es que, bajo la apariencia de esa legítima opción, en realidad se pacten negocios jurídicos anómalos [sentencias de 15 de diciembre de 2008 (casación 5985/05, FJ 4º) y 9 de marzo de 2009 (casación 6866/05, FJ 6º), entre otras], esto es, acuerdos con los que se persigue la obtención de resultados o de fines distintos a los previstos por la ley para la fórmula utilizada. De lo anterior se colige que la existencia de un negocio jurídico simulado o de un complejo negocial de esa índole impide defender la presencia de una opción económica legítima.*

*(...) En fin, el tercer motivo de casación parte de un presupuesto, a nuestro juicio, equivocado, al afirmar que los socios personas físicas de (...) [la sociedad transparente A] obtuvieron con la operación el mismo resultado fiscal que el que hubieran alcanzado de haber adquirido el inmueble a título personal y luego haberlo vendido. El contraste no debe hacerse con esta operación, pues ya eran propietarios del inmueble en su condición de partícipes en la transparente, sino con la situación que hubieran debido afrontar tras recibir el precio expropiatorio de no haberse, una vez conocido el mismo, pactado la venta de las acciones a otra compañía en la que el administrador y partícipe mayoritario de la transparente era a su vez administrador y socio, evitando así encarar las consecuencias de la imputación en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas del beneficio obtenido por esa sociedad de mera tenencia.*

*Y, actuando así, para este Tribunal no existe duda de que el resultado hubiera sido distinto, pues, en la imputación a los socios de la base imponible de la sociedad transparente por el incremento de patrimonio, la renta imputada se hubiera integrado en la parte general de la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, resultando sometida a la tarifa progresiva, y sin ninguna reducción, mientras que en el supuesto planteado por la recurrente lo habría hecho como ganancia derivada de la transmisión de un elemento patrimonial o de mejoras realizadas en el mismo, con más de dos años de antelación a la fecha de transmisión, integrable en la parte especial de la base imponible, resultando sometida, por tanto, al tipo de gravamen proporcional; amén de la aplicación de los llamados coeficientes de abatimiento, al no haber estado afecto el inmueble a ninguna actividad económica, en los términos contemplados por la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998, y, a tenor de la fecha de constitución de (...) [la sociedad transparente A] (15 de julio de 1986) (Fundamento de Derecho 2º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 3 de mayo de 2012 (Recurso 73/2008).

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO DIFERENTE (APARENTE CONTRADICCIÓN):

STS de 9 de febrero de 2012 (Recurso 2536/2007): califica supuesto similar como fraude de ley, habiéndose tramitado por la Administración procedimiento especial de fraude de ley. Asimismo, en sentido aparentemente distinto, SSTs de 22 de marzo de 2012 (Recurso 2293/2008), de 22 de junio de 2016 (Recurso 2218/2015).

*V.1.8. Cesión de marcas a sociedad residente en paraíso fiscal, que a su vez cede la licencia a una tercera entidad, residente en los Países Bajos, quien otorga finalmente sublicencia a la titular original en España (IS)*

STS de 28 de marzo de 2012 (Recurso 3797/2008)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una sociedad residente en España es titular de un catálogo significativo de marcas que son cedidas a una entidad residente en un paraíso fiscal participada al 100 por 100 por la cedente. Tras una serie de operaciones mercantiles entre entidades vinculadas residentes en el mismo paraíso fiscal, los derechos sobre las marcas en cuestión son transferidos a una nueva entidad, residente en los Países Bajos. La entidad residente en los Países Bajos, que también está participada indirectamente al 100 por 100 por la titular original de las marcas, termina otorgando a ésta el uso de las mismas en España, a cambio del pago de un canon. Las cantidades satisfechas por este concepto se declaran como gasto deducible en el IS.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La AEAT califica la aportación de las marcas a la entidad filial residente en paraíso fiscal como negocio simulado, atendiendo a las circunstancias que rodean las sucesivas cesiones de derechos de marcas, entre sociedades participadas todas por la titular original de tales derechos, que es quien termina realizando su explotación en España, pero a través del pago de un canon. Se consideran por tanto inexistentes a efectos fiscales las sucesivas cesiones de derechos y se deniega, en consecuencia, la deducibilidad fiscal del canon satisfecho por el sujeto pasivo.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo confirma la existencia de simulación y las consecuencias correspondientes:

*«La recurrente mantiene que si la Sala de instancia no puso en duda la realidad y existencia de los negocios jurídicos, tras valorar la prueba efectuada, no pudo existir simulación, habiendo confundido la causa del contrato de sociedad-aportación de marcas en contraprestación de acciones- con los motivos que, a su entender, perseguía (...).*

*Sin embargo, de una atenta lectura de la resolución recurrida, en relación con los hechos que declara probados, no cabe aceptar, que la Sala, a pesar de referirse en el Fundamento Sexto a la realidad de cada una de las múltiples operaciones realizadas, y que desde la normativa mercantil no ofrecían tacha alguna, apreciase la validez de los dis-*

*tintos negocios celebrados, ya que, tras resumir las operaciones previas, confirma el criterio de la Inspección de la existencia de simulación absoluta, lo que determinaba que todos los negocios que traían causa de la aportación no dineraria de las marcas bajo las que comercializaba sus productos a una entidad filial portuguesa, cuyo capital le pertenecía al 100 por 100, incluyendo el contrato de sublicencia en virtud del cual se obligaba a satisfacer un canon por la utilización de las mismas, en calidad de sublicenciataria, tuvieran que considerarse, a efectos fiscales, como no realizados y, en consecuencia, que no se considerase como gasto deducible lo satisfecho por dicho canon en el Impuesto sobre Sociedades.*

*Esto sentado, hay que reconocer que la Inspección tuvo en cuenta una serie de indicios, que le llevan a la conclusión a que llega.*

*En efecto, el acuerdo liquidario se refiere, en primer lugar, al origen y estructura del Grupo (...)*

*(...) Por otra parte describe las distintas operaciones realizadas, que se inician con la aportación no dineraria a (...) de las marcas de (...), S.A, bajo las denominaciones de (...).*

*Interesa detenerse ahora en la aportación no dineraria de las marcas y en la posterior sublicencia de las mismas, pues las demás operaciones son accesorias, siendo lógica la inferencia a que llega la Inspección ante los datos constatados, esto es, que la recurrente era propietaria de una serie de marcas relacionadas con los productos que fabricaba y comercializaba; que no exigía cánones ni royalties al resto de empresas pertenecientes a su grupo internacional que también fabricaban y comercializaban sus mismos productos, salvo con la fábrica situada en China desde 1995; y que siendo ésta la situación, el 6 de Abril de 1996, constituyó la entidad (...), con domicilio en Madeira, procediéndose luego a la aportación no dineraria de las marcas con motivo de la ampliación de capital de (...), con la consecuencia de que sus costes se incrementaron por el canon que comenzó a pagar como sublicenciataria de las marcas tramitadas (...).*

*(...) Como todas las entidades son participadas, directa o indirectamente por (...) S.A, en un porcentaje del 100% o próximo a él, es evidente que siguió manteniendo la titularidad material de la licencia por la que, sin embargo, paga un canon, cuyo importe pretende deducir como gasto en el Impuesto sobre Sociedades.*

*De esta forma se crea una apariencia de titularidad en una entidad independiente, que no tiene tal carácter, en la medida que ésta última aparece controlada por la recurrente, de modo que el desapoderamiento de aquella titularidad es meramente formal, y como la deducibilidad del canon satisfecho por la utilización de una licencia tiene como presupuesto necesario que la titularidad de ésta pertenezca a un tercero, es claro la improcedencia de la misma en el presente caso, en el que la recurrente sigue manteniendo el control material sobre las marcas.*

*Frente a ello no puede afirmarse la aplicación de la economía de opción porque la recurrente no supera el "test" que supone la necesidad de motivo económico válido, que no puede descubrirse en el proceso de cesión de licencia y adquisición de la sublicencia.*

*Tampoco se infringe la libertad de establecimiento del Derecho Comunitario, pues aquí la controversia no surge en relación con la creación de una filial en un territorio determinado, sino en el juego de cesiones de las marcas para justificar la facturación de un canon deducible» (Fundamento de Derecho 5º).*

## OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 22 de marzo de 2012 (Recurso 3786/2008, Fundamento de Derecho 3º).

*V.1.9. Uso de sociedad interpuesta, residente en Hungría, como intermediaria en la cesión de uso de bienes realizada por una entidad irlandesa con destino a su filial española y, en última instancia, a clientes establecidos en España (IRNR)*

STS de 27 de noviembre de 2015 (Recurso 3346/2014)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Dos entidades residentes en España, filiales de un grupo con sede en Irlanda, se dedican a adquirir equipos electrónicos y ceder su uso a empresas españolas, con objeto de proporcionarles de ese modo la financiación de sus inversiones. A tal efecto, las filiales españolas adquieren la propiedad de los equipos y la transfieren de inmediato a su matriz en Irlanda, quien los arrienda a otra filial del grupo, residente en Hungría, para que ésta a su vez los subarriende a las filiales españolas antes de la cesión definitiva del uso a los clientes finales en España. De este modo, mediante la aplicación del Convenio de Doble Imposición con Hungría, la retribución percibida en virtud de la cesión por la empresa subarrendadora no tributa por el IRNR, obteniendo así un tratamiento más ventajoso que el que hubiera recibido la matriz irlandesa, de haber concertado el arrendamiento directamente con la filial española.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

Se considera por la Administración que el conjunto de transacciones llevadas a cabo son constitutivas de simulación, al intentar ocultar la auténtica realidad, consistente en una cesión directa de los bienes desde la matriz irlandesa, interponiendo una cesión intermedia inexistente a la entidad residente en Hungría (en la que se aprecia la ausencia de operativa justificativa de su intervención) y de ésta a las filiales españolas. La única finalidad de esta intervención simulada es beneficiarse del Convenio de Doble Imposición entre España y Hungría, logrando evitar la tributación que de otro modo correspondería a la matriz irlandesa por el IRNR.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo respalda el criterio de la Administración (y de la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional), considerando que se está en presencia de un negocio simulado:

*«La parte recurrente considera infringido el mencionado artículo 1276 CC y de la jurisprudencia que le interpreta porque no aplica correctamente el concepto jurídico de si-*



*mulación, desconociendo que la existencia de ocultación es un elemento clave para apreciar su existencia de conformidad con el artículo 16 LGT.*

*La tesis de la recurrente no puede compartirse porque la sentencia impugnada describe unos hechos que, interpretados en su conjunto y de acuerdo con la lógica, pueden llevar a la conclusión de la Sala de instancia al remitirse a la resolución del TEAC entendiéndose que la finalidad última y disimulada de las operaciones llevadas a cabo por el grupo era la de sustraer a la tributación por el IRNR las rentas obtenidas por el arrendamiento de los equipos informáticos a las entidades españolas por la entidad (...) mediante la introducción en el círculo económico de una tercera entidad residente en Hungría (...) que no era sino una sociedad interpuesta.*

*Pero es que, además, en nuestra sentencia de 4 de marzo de 2015 (rec. de cas. 4061/2012) [...], señalábamos "que en realidad, la recurrente sostiene en el motivo que no se está en presencia de una simulación sino de un fraude de ley, lo que derrumba el fundamento de la sentencia impugnada. Decisión de la Sala: Sin cuestionar lo dificultoso que es delimitar los conceptos de simulación y fraude de ley, mucho más cuando entendemos que no tienen perfiles definidos sino que se interconectan -gráficamente hemos dicho que no son figuras tangentes sino secantes- también hemos proclamado, ya en diversas sentencias, que la mera existencia de negocios artificiosos no excluye la simulación. Contrariamente, la artificiosidad comercial puede ser una demostración de la inexistencia del negocio. Es decir, la primera de las cuestiones a resolver, incluso en los casos de negocios artificiosos, es la de si el negocio(s) jurídico examinado es o no un negocio existente. Los negocios en fraude de ley son una categoría autónoma separada y distinta de los negocios simulados, pero la primera cuestión a resolver es la de si existe o no simulación. Contestada negativamente esta pregunta procede examinar si se produce o no el negocio en fraude de ley.*

*En el caso que decidimos la Sala de instancia, y esto es una cuestión de hecho, no susceptible de revisión en casación, pero que compartimos, ha considerado que se está en presencia de un negocio simulado, lo que excluye la infracción denunciada.*

*Esta apreciación, sobre la existencia de negocio simulado, es, además, razonable y no vulnera principios jurídicos básicos, por lo que debe ser mantenida"» (Fundamento de Derecho 6º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 4 de marzo de 2015 (Recurso 4061/2012, Fundamento de Derecho 5º)

#### V.1.10. Endeudamiento de una sociedad para la adquisición de participaciones en otra, con la finalidad encubierta de repartir dividendos y la deducción posterior de los intereses (IS/IRPF)

STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4044/2014)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

*«Los socios de una entidad operativa A constituyen una segunda sociedad B con un capital mínimo. En esta sociedad B, el capital social se distribuye en idéntica proporción a la que*



*los socios mantienen en la sociedad A. Una vez constituida la sociedad B adquiere a los socios sus participaciones en la sociedad A. Tras la operación no se produce cambio alguno en el control del grupo. Los socios han logrado una importante rentabilidad en la transmisión de las participaciones, aunque siguen manteniendo un similar porcentaje de control sobre el grupo de empresas. La operación se financia en su totalidad con un préstamo realizado por un grupo de entidades bancarias. Este crédito se destina íntegramente a abonar a los socios el importe de las participaciones. La nueva sociedad B asume la deuda y los gastos financieros que la misma genera» (Antecedente de Hecho 1º).*

El esquema descrito se reproduce posteriormente mediante la creación de nuevas sociedades, que vuelven a actuar como compradoras de las participaciones de la sociedad titular de la actividad económica.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

El Antecedente de Hecho 1º de la sentencia describe la calificación que la operativa descrita merece al órgano inspector:

*«a través de la transmisión de participaciones sociales, los socios han obtenido en realidad una retribución de los fondos propios, como queda acreditado, entre otras, por las siguientes circunstancias:*

- Los socios tras las enajenaciones, mantienen similares porcentajes de control sobre el Grupo (...).*
- No se produce modificación en la composición de los órganos de administración después de la venta de las participaciones. (...)*
- La elevada rentabilidad que obtienen los socios con la enajenación de sus participaciones no encuentra referencia alguna posible en criterios de mercado. Estas rentabilidades solo se pueden justificar si atendemos a la realidad jurídica y al fondo económico de las operaciones, que revela la distribución de unos rendimientos a los socios a costa de incrementar el endeudamiento de las entidades que los satisfacen. (...)*

*[L]os socios, de manera consciente, de común acuerdo, y con la finalidad de procurar un considerable ahorro fiscal, han creado la apariencia de un negocio jurídico (compraventa de participaciones), que es distinto del realmente llevado a cabo, esto es la obtención de una retribución por la participación en fondos propios. Además, se ha pretendido disminuir la carga tributaria de la entidad adquirente de las participaciones, mediante la deducción fiscal de los gastos financieros devengados por los préstamos obtenidos» (Antecedente de Hecho 1º).*

Basándose en las apreciaciones anteriores, la Inspección considera que se está ante un supuesto de simulación: *«[e]n consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13 y 16 de la LGT, la Inspección de los Tributos considera que el hecho imponible efectivamente realizado ha sido una distribución de rentas a los socios por su participación en los fondos propios de la sociedad. Y que por tanto, no resultan deducibles los gastos financieros derivados de los préstamos obtenidos para la adquisición de participaciones sociales, dado que se han destinado a proporcionar una retribución de los fondos propios (artículo 14.1 letras a) y e) del TRLIS), sin ser necesarios para la entidad que los ha soportado ni tener correlación alguna con sus ingresos, puesto que se han asumido en interés directo y exclusivo de los socios» (Antecedente de Hecho 2º, punto 6).*

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Administración en cuanto a

la existencia de simulación (con dos votos particulares discrepantes) y la consiguiente calificación del supuesto como una retribución de fondos propios:

*«Por último, en el motivo noveno se alega infracción de los artículos 23.1, 31 y 45 del Texto Refundido de la LIRPF y 8 y 36 de la Ley General Tributaria, por considerar que no existió ganancia patrimonial en la transmisión por compraventa de participaciones sociales y exigir una justificación económica a la compraventa de participaciones no exigida legalmente y por gravar como rendimiento de capital mobiliario una contraprestación que tiene una causa distinta de la percepción por la mera condición de socio y con integración de hechos omitidos, suficientemente justificados y cuya toma en consideración resulta necesaria para apreciar la infracción alegada.*

*Parte la entidad recurrente de que según la sentencia "(A)tendiendo a las pruebas practicadas, es que la intención real de los socios fue percibir rendimientos o utilidades de la entidad (...). Obsérvese que de las finalidades típicas de las LBO que se citan por las STS de 12 de noviembre de 2012 (Rec. 4299/2010) y 25 de abril de 2013 (Rec. 5431/2010), a saber, facilitar la reorganización empresarial; mejorar la gestión del capital empresarial; armonizar los intereses de la propiedad y de la gestión o allanar la adquisición de una sociedad, los recurrentes no han justificado ninguno. Lo realmente pretendido y por lo tanto la causa real de su negocio fue anticipar el valor de la plusvalía y repartirlo entre los socios por su mera condición de tales."*

*Frente a ello, manifiesta que las Sentencias del Tribunal Supremo invocadas en la impugnada admiten la plena regularidad mercantil y tributaria de las compras apalancadas previas a una fusión, sin que dicha regularidad requiera la justificación de motivos económicos específicos en las compraventas, que solo se exigen en la fusión posterior, en caso de existir ésta.*

*(...) Los artículos 12 y 13 LGT que se refieren a la interpretación de las normas tributarias y al principio de calificación, no pueden ser vulnerados cuando se entienden que la calificación efectuada por la sentencia recurrida es la razonable, y, por ende, se adecúa a la verdadera naturaleza jurídica de las operaciones realizadas la confirmación de la regularización tributaria efectuada conforme al concepto de utilidad o rendimiento de capital mobiliario.*

*La sentencia se refiere a "operaciones usuales en el mercado de capital riesgo". Pero predica tal condición de las operaciones como categoría o clase que tienen una determinada finalidad o causa. Pero aprecia la simulación, precisamente, porque la recurrente utiliza dichas operaciones para encubrir una finalidad distinta.*

*En efecto, aún cuando sea repetir lo antes ya transcrito, merece la pena señalar que la sentencia, con referencia a la de la Sección Cuarta de la propia Sala de 16 de octubre de 2012(sic) -recurso contencioso administrativo 1043/2011 - señala:*

*"(...) Señala la Inspección que estas operaciones se instrumentan sobre la base de complejas estructuras de financiación y negocios jurídicos simulados con los que se persigue crear la apariencia de que existe una transmisión real de participaciones, con el fin de obtener una ilícita reducción de la carga fiscal, tanto en sede de la sociedad como en la tributación de los socios y accionistas, así como proceder al reparto de rentas a los socios/accionistas eludiendo las normas mercantiles que limitan la distribución de beneficios y la exigencia de una capitalización mínima.*

*Así, en el presente caso apreció la existencia de simulación en la operación al considerar acreditado que los socios, de manera consciente, de común acuerdo, y con la finalidad de procurar un considerable ahorro fiscal, han creado la apariencia de un negocio*

jurídico, compra venta de participaciones, que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo, y que no es otro que el de obtención de una retribución por la participación en los fondos propios. Esta ilícita minoración de la carga tributaria se obtuvo al permitir, de un lado, que los rendimientos de capital tributaran como ganancias patrimoniales de los socios; y por otro, mediante la disminución de la carga tributaria de las sociedades operativas a través de la deducción fiscal de los gastos financieros devengados por los préstamos obtenidos. Igualmente, con la simulación se persiguió eludir las normas societarias sobre reparto de beneficios y sobre disolución de sociedades.(...)"

*La simulación no se aprecia sobre la base de la consideración aislada del precio de una compraventa de participaciones sociales, ni tampoco porque no se acredite una específica motivación económica en la compraventa. La calificación que hace la sentencia es en contemplación del conjunto de negocios, de compraventa, financiación y fusiones, cuyos resultados, en apreciación del Tribunal "a quo", no se corresponden con la causa de auténticas enajenaciones de participaciones sociales a las que se pueda anudar, a efectos fiscales, un incremento patrimonial» (Fundamento de Derecho 2º, motivos 7º al 9º).*

*«Frente a la argumentación de la sentencia impugnada acerca de la improcedencia de deducción de gastos financieros del préstamo que permitió financiar la compraventa declarada simulada, se alega por la recurrente que no existía ninguna norma especial sobre limitación de gastos financieros vinculada a la financiación de la adquisición de participaciones en grupos de consolidación, añadiendo que, "incluso aunque se admitiera que el préstamo participativo financió una utilidad por la mera condición de socio ( y no la compraventa de participaciones), tampoco cabría rechazar la deducibilidad de los gastos financieros asociados al referido préstamo participativo, porque tampoco existía norma que estableciera la limitación."*

*(...) [L]a recurrente no tiene en cuenta que la conclusión alcanzada por la sentencia impugnada, de existencia de negocio simulado que encubre una distribución de utilidades derivada de la condición de socio, desemboca necesariamente en la conclusión de que los préstamos y gastos financieros devengados con ellos se destinan a retribución de fondos propios, por lo que lo dispuesto en el artículo 14.1.a) del Texto Refundido de la LIS, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, - que atribuye la consideración de gastos no deducibles a los que "representen una retribución de fondos propios"- impide el éxito de la pretensión formulada.*

*En segundo lugar, se insiste en que los préstamos han sido la herramienta necesaria para que los socios una rentabilidad extraordinaria a su inversión por la vía del incremento del endeudamiento de la sociedad y no para financiar nuevas inversiones o ampliar mercados.*

*La consecuencia de lo expuesto es que es insostenible la consideración de los gastos financieros como necesarios en relación con los ingresos, tal como señala el artículo 14.1. e) in fine del Texto Refundido de la LIS» (Fundamento de Derecho 2º, motivo 11º).*

## VOTO PARTICULAR DISCREPANTE (que formula el magistrado don Emilio Frías Ponce):

*«[N]o cabe olvidar que se articularon motivos suficientes que permitían adentrarse en el conjunto de la operación realizada, con solicitud de integración de hechos que debidamente considerados impedían apreciar la existencia de simulación, al no existir la ocultación fáctica propia de esta figura, pues el negocio de compraventa de las participaciones sociales se realizó, habiendo utilizado las partes formas jurídicas habituales en el sector de capital riesgo.*

*Así lo reconoció el Ministerio Fiscal en el informe que emitió para acordar el archivo, discrepando del criterio de la Agencia tributaria de entender delictivas las acciones por haber sido diseñadas con la finalidad de que los rendimientos de capital obtenido tributasen como ganancias patrimoniales en lugar de hacerlo como retribuciones por la participación de fondos propios (...).*

*También, el propio Tribunal de instancia aceptó la utilización por este tipo de compañías de las denominadas recapitalizaciones apalancadas como modo de anticipar el valor de una plusvalía futura y repartirla entre los socios, percibiendo unas rentabilidades distintas de los dividendos y al margen de la normativa que regula la distribución de los mismos.*

*En esta situación, no puedo compartir la calificación dada a la operación, máxime cuando los indicios de los que partió la Inspección eran manifiestamente insuficientes para poder deducir que se creó la apariencia de un negocio de compraventa para encubrir una retribución derivada de la condición de socio. Por el contrario parecen más propios para llevarnos, en su caso, a la figura de fraude de ley (...).*

*Por tanto, a lo sumo, por los indicios apreciados por la Inspección, sólo podía realizarse, a través de un expediente de conflicto en la aplicación de la norma, art. 15 de la Ley General Tributaria, una recalificación de la operación, si se consideraba que la finalidad última de la operación fue aprovecharse del tratamiento fiscal que la ley prevé para las ganancias de capital o la obtención de beneficios fiscales para la sociedad adquirente por la deducción de gastos financieros derivados del préstamo concertado».*

#### VOTO PARTICULAR DISCREPANTE (que formula el magistrado don Joaquín Huelin Martínez de Velasco):

*«Doy por reproducidos y me remito a los razonamientos plasmados en el voto particular que he formulado a la sentencia dictada en el día de hoy en el recurso de casación 948/2014»*

En el texto de dicho voto particular puede leerse, entre otros pasajes, lo siguiente:

*«Este acercamiento, equivocado en mi opinión, permite calificar de simulada la operación porque una parte del accionariado de (...) S.L., que representa escasamente el 20 por 100 de su capital social, obtuvo unos importantes rendimientos, concluyéndose que toda la operativa se instrumentó con la finalidad de que esos socios (...) disfrutaran de relevantes plusvalías aparentando unas ventas que, en realidad, no eran tales, sino encubiertos repartos de "utilidades sociales". Pero a la hora de analizar los negocios jurídicos realizados se olvidan, o minusvaloran indebidamente, dos destacados datos:*

*1º La porción más importante de ese capital (por encima del 70 por 100) pertenecía a una compañía no residente (...) sin ninguna vinculación con esas cuatro personas, cuya posición ante el fisco español sería la misma cualquiera que fuera la calificación que se diera a la operación y a los rendimientos obtenidos a su través.*

*2º La operación se financió acudiendo a una modalidad contractual habitual por entonces y que este Tribunal Supremo ha admitido: las llamadas "recapitalizaciones apalancadas", "leveraged recapitalizations" o "re-caps", y se ha hecho (dato tampoco desdeñable) a través de entidades financieras totalmente ajenas a los prestatarios. Son ellas las que asumieron el riesgo inherente a las operaciones.*

*En estas circunstancias resulta harto difícil afirmar que, pese a que no hubo ocultación material o de hechos, se produjo una simulación ideológica porque de la operación unos accionistas, que no tenían capacidad de decidir por sí mismos, salían especialmente beneficiados. En otras palabras, quien podía imponer una solución, (...), se plegó a los deseos de unos socios minoritarios. No siendo tal cosa imposible, aunque desde luego sí improbable, correspondía a la Administración tributaria acreditarlo, y no hay prueba alguna, ni directa ni indiciaria, de que dicha compañía en connivencia con sus socios minoritarios decidiera encubrir, bajo la apariencia de unas compraventas, un reparto de beneficios, mostrando hacia el exterior una causa (la transmisión de la titularidad de las participaciones) distinta de la real (el reparto de dividendos o "utilidades" entre los socios). Tampoco existe prueba alguna de la participación en ese eventual engaño de las entidades que financiaron la operación. Resulta imposible afirmar la existencia de simulación en una parte de los intereses que concurren a la formación del consenso negocial y en las otras no. La voluntad de un contratante, por más que éste esté integrado por una multiplicidad de intereses, es única y no cabe compartimentarla, para llegar a concluir que el negocio puede ser simulado para alguno y no para otros.*

*Existe simulación cuando no hay causa (simulación absoluta) o cuando bajo una causa aparente o falsa nos encontramos con otra auténtica (simulación relativa). En otras palabras, hay simulación cuando se presenta a terceros un negocio que nunca se realizó (simulación absoluta) o que encubre al realmente querido (simulación relativa), pero para que sea así resulta menester acreditar suficientemente el designio simulador, que ha de ser único (porque única es la voluntad de un contratante) y total (no cabe dividir esa voluntad en "subvoluntades" independientes).*

*Si no se acredita la existencia de tal designio, la calificación adecuada de los hechos descritos en la sentencia no es la de simulación relativa, todo lo más se trataría de un conflicto en la aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la Ley General Tributaria de 2003. En sustancia, se ha utilizado un camino extravagante con el principal designio de obtener una ventaja fiscal, aunque aquí ese efecto se produjera solo para los socios minoritarios, dada la irrelevancia fiscal de una u otra calificación (dividendo o ganancia patrimonial) para el socio mayoritario. Podría defenderse, por tanto, la existencia de abuso de las formas jurídicas, de una elusión fiscal (conflicto), pero en modo alguno de una evasión fiscal mediante el engaño que comporta toda simulación».*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3819/2013, Fundamento de Derecho 12º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3908/2013, Fundamento de Derecho 5º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 349/2014, Fundamentos de Derecho 7º al 10º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 948/2014, Fundamento de Derecho 7º.2), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3976/2014, Fundamento de Derecho 3º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4134/2014, Fundamento de Derecho 7º.2.C)].

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO CONTRARIO (APARENTE CONTRADICCIÓN):

SSTS de 26 de febrero de 2015 (Recurso 4072/2013, Fundamento de Derecho 10º), de 20 de mayo de 2016 (Recurso 2945/2014, Fundamento de

Derecho 8º): ambas rechazan, en los supuestos enjuiciados, que exista prueba suficiente, ni siquiera de fraude de ley, ver más arriba (III.3.2 y III.3.1 respectivamente).

*V.1.11. Endeudamiento de una sociedad para la adquisición de participaciones en otra, con la finalidad encubierta de repartir dividendos y la deducción posterior de los intereses (IS/IRNR)*

STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3976/2014)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

*«Los socios de una entidad operativa A constituyen una segunda sociedad B con un capital mínimo. En esta sociedad B, el capital social se distribuye en idéntica proporción a la que los socios mantienen en la sociedad A. Una vez constituida la sociedad B adquiere a los socios sus participaciones en la sociedad A. Tras la operación no se produce cambio alguno en el control del grupo. Los socios han logrado una importante rentabilidad en la transmisión de las participaciones, aunque siguen manteniendo un similar porcentaje de control sobre el grupo de empresas. La operación se financia en su totalidad con un préstamo realizado por un grupo de entidades bancarias. Este crédito se destina íntegramente a abonar a los socios el importe de las participaciones. La nueva sociedad B asume la deuda y los gastos financieros que la misma genera» (Antecedente de Hecho 1º). El esquema descrito se reproduce posteriormente mediante la creación de nuevas sociedades, que vuelven a actuar como compradoras de las participaciones de la sociedad titular de la actividad económica.*

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La Inspección de Tributos rechaza que las cantidades satisfechas a un socio no residente por la venta de sus participaciones, al considerarse la operación simulada y calificarse como retribución o utilidad derivada de la participación en los fondos de la entidad objeto de transmisión (sociedad A, según la anterior descripción del esquema societario utilizado), deban considerarse exentas en el IRNR del socio (por ostentar éste más de un 5 por 100 del capital del grupo), pues su naturaleza sería la de una utilidad o beneficio derivado de la participación en los fondos del grupo, y no la de un dividendo o participación en beneficios (único supuesto en el que resultaría aplicable la citada exención).

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Administración, considerando procedente la exigencia de retenciones a cuenta por el pago de los rendimientos correspondientes:



«Conviene recordar, ante todo, que sin perjuicio de lo dispuesto en los Convenios para evitar la doble imposición firmados por nuestro país, en principio, los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación de fondos propios de entidades residentes en España, abonados por dichas entidades a sociedades no residentes se consideran rentas obtenidas en territorio español ( art. 13.1.f) del Texto Refundido de la Ley del IRNR, y quedan, en consecuencia, sujetos a tributación por el referido Impuesto, diferenciándose entre aquellos supuestos en los que las rentas son obtenidas en nuestro país a través de un establecimiento permanente o sin él. En este último supuesto, este impuesto funciona a través de retenciones o ingresos a cuenta que practica directamente el pagador de la renta ( arts 31 del Texto Refundido y 11 de su Reglamento), sin que el contribuyente no residente tenga que cumplir trámite formal en España, con lo que la retención viene a ser equivalente al impuesto, de tal modo que no existe cuota a pagar por el contribuyente no residente ( art. 26), que además, no deberá en tal caso presentar la declaración correspondiente. Sin embargo, tampoco deberá cumplirse con el deber formal de presentación en relación a las rentas sujetas a retención a cuenta pero exentas en virtud de lo previsto en el art. 14 del Texto Refundido o en un Convenio para evitar la doble imposición.

Pues bien, en el presente caso la cuestión a dilucidar es si los rendimientos satisfechos a (...) estaban o no exentos de tributación en España.

En la instancia se alegó que con arreglo a la jurisprudencia del TJUE contenida en las sentencias de los casos de Denkavit ( C-170/05 de 14 de diciembre de 2006 ), Amurta (C-379/05 de 8 de noviembre de 2007), y , especialmente, Comisión contra España ( asunto C - 487/08, de 3 de junio de 2010) la entidad (...), establecida en Holanda, no estaba obligada a soportar tributación alguna en España por los dividendos obtenidos, de aplicarse las normas internas en materia de dividendos ( arts. 59 del Real Decreto 1777/2004 y 30.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades) al ser su participación en la entidad residente pagadora superior al 5%, concretamente del 6,37%.

Conviene recordar que la referida sentencia de 3 de junio de 2010 del Tribunal de Justicia declaró que el art. 14.1 h) del Texto Refundido, en cuanto supeditaba la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades beneficiarias tuvieran en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro que en el caso de los residentes en España ( 20% frente al 5%), era contrario al art. 56 del TCE, por vulnerar el principio de libertad de circulación de capitales.

(...) De esta forma sigue el criterio de la Inspección confirmado por el TEAC, que rechazó que resultase aplicable la exención prevista en el art. 14.1 h) del Texto Refundido, toda vez que de conformidad con el art. 59 del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio , por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, sólo estaban exceptuados de la obligación de la retención y tributación los pagos de los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el apartado 2 del art. 30 de la Ley del Impuesto, conteniendo, por su parte el art. 30-2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades una deducción por doble imposición del 100% "cuando los dividendos o beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directa o indirecta, sea igual o superior al cinco por ciento".

Para la Inspección el referido art. 30 tiene como finalidad evitar la doble imposición económica interna que se produce cuando los beneficios obtenidos por una entidad han tributado por el Impuesto sobre Sociedades en la misma y, además, al ser repartidos vía dividendos se someten a imposición nuevamente en la entidad perceptora de estas rentas, lo que no ocurre, a su juicio, en el caso litigioso porque las rentas satisfechas por (...)



a (...) no proceden de beneficios generados por aquella entidad que hayan tributado previamente en España por el Impuesto sobre Sociedades, tratándose de una utilidad o beneficio que obtienen los socios procedentes de su participación en el capital social del grupo (...).

En definitiva, para la Inspección sólo a los dividendos y participaciones en beneficios se les aplica el mecanismo para evitar o corregir la doble imposición, mientras que a las restantes utilidades, en la medida en que no han tributado previamente en sede de la sociedad que los distribuye, no corresponde emplear esta deducción correctora de la doble imposición, sin que exista tratamiento distinto a entidades residentes en España y sociedades residentes en otros Estados miembros, pues aunque la entidad beneficiaria de las rentas satisfechas por (...) hubiera tenido su residencia en territorio español, y su participación hubiese sido superior al 5% igualmente se tendría que haber practicado la retención sobre las rentas satisfechas, al no tener su origen en una distribución de beneficios societarios.

(...) No se discute la aplicación del Convenio Internacional para evitar la doble imposición entre España y los Países Bajos, cuyo artículo 10 permite que los dividendos puedan someterse a imposición en el Estado en que reside la sociedad que pague los dividendos, y de acuerdo con la legislación de ese Estado), estableciendo su apartado 5 un concepto amplio, al señalar que "el término dividendos comprende los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las células de fundador o de otros derechos que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado en que reside la Sociedad que los distribuya", lo que habilita acudir al art. 23.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, para dar contenido a la expresión final del art. 10.5 del CDI, cuyo precepto incluye dentro de los rendimientos integros del capital mobiliario, no sólo a los dividendos, primas de asistencia y participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad, (nº 1), a los rendimientos procedentes de cualquier clase de activos ( nº 2 ), y a los rendimientos que se deriven de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre los valores o participaciones que representen la participación en los fondos propios de la entidad (nº3), sino también a "cualquier otra utilidad, distinta de los anteriores, procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe (nº 4).

Ahora bien, que las rentas satisfechas a (...) fueran calificables como "dividendos", a efectos del CDI entre España y los Países Bajos, no significa que fueran <<dividendos>> en sentido técnico, en cuanto no procedían, ni podían proceder, de la distribución de los beneficios generados que hubieran tributado en España, al tener su origen en el pago que la adquirente satisface como consecuencia de la financiación obtenida de terceros.

Por tanto, no siendo técnicamente dividendos, no se puede reclamar el tratamiento tributario que se les dispensa en el Derecho Tributario español, incluida la exoneración de retención a cuenta, ni en el caso de una entidad no residente ni en el de una entidad residente, por lo que la vulneración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea invocada no se produce, al no existir un diferente trato entre las entidades residentes en España y los residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Debe recordarse, por otra parte, que el art. 14.1 h) del TRLIRNR, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, modificada por la Directiva 2003/123/CEE, de 22 de diciembre, se refiere sólo a los beneficios distribuidos por sociedades filiales residentes en territorio español a sus matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea y a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros, siempre que se cumplan

*determinados requisitos subjetivos y objetivos, situación muy distinta a la controvertida, pues las rentas satisfechas no proceden de beneficios generados que hayan tributado previamente en España por el Impuesto sobre Sociedades, no siendo posible olvidar, por otra parte, que el artículo 59.p) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades sólo excepciona de la obligación de retener respecto de los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el art. 30 de la Ley del Impuesto.*

*Finalmente, en relación al planteamiento de la cuestión prejudicial propuesta por la parte recurrente, con carácter subsidiario, ha de destacarse que procede cuando la interpretación de una norma del ordenamiento comunitario resulte necesaria para resolver el pleito seguido ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, siendo obligada la remisión si dicho órgano pronuncia la última palabra dentro del sistema nacional por ser su decisión susceptible de ulterior recurso.*

*Sin embargo, el juicio de relevancia corresponde al propio tribunal remitente, que ha de comprobar y explicitar la medida en que la interpretación de la norma europea constituye presupuesto insoslayable de la decisión del litigio.*

*En el caso que nos ocupa resulta innecesario plantear la cuestión propuesta por las razones antes referidas» (Fundamento de Derecho 6º).*

### *V.1.12. Adquisición e importación de maquinaria a entidades vinculadas y aplicación de la deducción por inversión en activo fijo (IS)*

*STS de 7 de febrero de 2012 (Recurso 4259/2009)*

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una entidad adquiere maquinaria a entidades con las que se constata unidad de poder de decisión. En unos casos, las vendedoras son residentes en España que han importado previamente las máquinas por un precio muy inferior al de venta, y en otros casos se trata de entidades residentes en el extranjero. La entidad compradora aplica la deducción por inversión en activos fijos entonces vigente, sobre la base del precio declarado de compra.

#### **CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La AEAT considera probado que los precios declarados de compra son desproporcionados, rechazando las conclusiones del dictamen pericial aportado por el sujeto pasivo para justificar la realidad de los precios satisfechos por la inversión.

#### **SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo confirma el criterio administrativo, considerando que el órgano inspector aporta en el expediente indicios suficientes para

desvirtuar las conclusiones del perito, por lo que el rechazo de la deducción por inversión se encuentra suficientemente motivado:

*«En el primer motivo de casación, formulado al amparo de la letra c) del artículo 8.1 de la Ley Jurisdiccional, la entidad mercantil aduce quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, por falta de motivación, en cuanto a la no admisión de la deducción por inversión en activos nuevos que había declarado la empresa al calificar de simuladas las correspondientes compras de maquinaria. Señala que no se asumió el dictamen emitido a favor de la empresa, y a la vista de ello tenía que haber anulado la liquidación que se fundamentaba como hecho esencial en la coincidencia o al menos proximidad entre valor de mercado y valores declarados en Aduana.*

*El motivo debe desestimarse pues la valoración de la prueba corresponde a la Sala, sin que un dictamen pericial que ofrece a la Sala una serie de dudas sobre si se emitió sobre maquinaria nueva o usada, su antigüedad y posibilidad de utilización, tenga que ser admitido cuando existen otros datos en el expediente, que reflejaban lo contrario» (Fundamento de Derecho 2º).*

*«En los siguientes motivos (9º a 14º) se aborda la cuestión de la deducción por inversiones en activos fijos nuevos- adquisición de maquinaria- que eliminó la Inspección en cuanto al exceso y vino a confirmar la sentencia. Aduce la recurrente la infracción de los principios que rigen la carga de la prueba, la motivación de las valoraciones y las reglas de valoración. Critica: a) la conclusión de que el hipotético valor de mercado de la maquinaria importada coincidía o se aproximaba a los precios declarados por terceros en Aduanas, ante la enorme diferencia entre ambos (16 y 44 veces de aumento) constituye una actuación que infringe las normas más básicas sobre la carga de la prueba, cuando la empresa ha venido sosteniendo la coincidencia del valor de mercado con la compra por (...); b) que se considere como real el precio y sin mayor esfuerzo probatorio el precio declarado en Aduana, entendiéndose que el irreal y desproporcionado era el de reventa a (...); c) que al no haber acreditado ni la Inspección ni la sentencia que el verdadero valor de la maquinaria coincidía con el los precios de Aduana, tampoco ha acreditado que el mismo fuera desproporcionado a los precios que pagó (...); d) falta de motivación al asumir como valor de mercado de la maquinaria adquirida por (...) los declarados en Aduanas, sin proceder a comprobar o contrastar los mismos; f) inadecuada calificación como simulada las citadas adquisiciones.*

*El Tribunal de instancia, en relación con estas cuestiones razonó lo siguiente:*

*"(...) La conclusión que alcanza la Inspección con este fundamento es que se ha alterado el precio de compraventa de la maquinaria de forma fraudulenta para lograr atraer fondos de la sociedad (...) y localizarlos en otras sociedades, las cuales o bien tienen un régimen de tributación efectiva reducida, o bien están situadas fuera de España o, bien se trata de compañías que no han declarado el impuesto. Finalmente, estas operaciones habrían permitido a la actora incluir datos alterados en los expedientes de subvenciones vinculadas a inversiones, reflejando para estas un precio artificialmente elevado. (...)"» (Fundamento de Derecho 7º).*

*«De hecho, no debe olvidarse que se trata en este caso no tanto de valorar ciertos activos, como parece pretenderse por la demandante y orienta la actividad del perito, sino de ponderar si es o no procedente la deducción por adquisición de activos fijos, de cuya condición de nuevos cabe dudar profundamente, al menos en lo que respecta a parte de ellos y, por lo que hace a las demás circunstancias, no son sino indicios que, uno a uno, podrían no tener suficiente fuerza, pero que la reunión de todos ellos hace pensar de forma seria en que la adquisición de estos bienes lo ha sido a empresas directamente*

*vinculadas por la recurrente y que, en un ejercicio en que ya se había declarado la quiebra -lo cual constituye un elemento de convicción de singular valor- se adquieran máquinas por un valor extraordinariamente superior al del mercado, importándose por precios exorbitantes en el extranjero, y adquiriéndose de manos de otra empresa cuya labor como importadora era absolutamente prescindible, salvo si se atiende al hecho, reflejado por el TEAC, de la vinculación entre unas y otras empresas. En definitiva, la prueba pericial practicada por incorporación de la que fue llevada a cabo en el asunto 255/06, seguido ante la Sección sexta de esta misma Sala, al que ya se ha hecho mención, no desvirtúa, en modo alguno, las conclusiones a que llegó la Inspección y que todas las sentencias precedentemente reseñadas han confirmado.*

*(...) Los motivos deben desestimarse porque a través de ello se trata de desvirtuar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, cosa que no es posible en casación, salvo en los casos en que se haya producido error de hecho, arbitrariedad o irracionalidad. Es tan exhaustivo el examen de los hechos efectuado en la sentencia que difícilmente resulta, cuando menos desacertado, tacharla de falta de motivación. El rechazo de la prueba pericial esta perfectamente razonado y esta Sala los acepta. La prueba de presunciones de la que se extrae la conclusión deriva de una serie de indicios que tienen como punto de partida hechos totalmente probados -aumento sucesivo y desorbitado de los precios de venta de la maquinaria en las sucesivas transmisiones de unas sociedades a otras, vinculación entre estas sociedades, no depreciación con el tiempo sino por el contrario aumento de su valor, adquisición e importación a precios exorbitantes-.*

*A parte de que la Sala de instancia tiene plena potestad para apreciar el valor probatorio de una determinada prueba, en el caso presente se preocupa, además, de rechazar de una forma minuciosamente detallada la prueba pericial, dando prevalencia a la prueba de presunciones» (Fundamento de Derecho 8º).*

## OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 31 de mayo de 2012 (Recurso 5798/2008, Fundamentos de Derecho 4º, 11º y 12º), de 25 de octubre de 2013 (Recurso 6281/2011, Fundamentos de Derecho 3º y 7º)

## **V.2. LA SIMULACIÓN DE LA CAUSA LLEVA IMPLÍCITA SIEMPRE LA CIRCUNSTANCIA DE OCULTACIÓN, A EFECTOS DE CALIFICAR COMO INFRACCIÓN GRAVE LA CONDUCTA DE LOS SUJETOS**

### *V.2.1. Endeudamiento de una sociedad para la adquisición de participaciones en otra, con la finalidad encubierta de repartir dividendos y la deducción posterior de los intereses (IS/IRPF)*

STS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4044/2014)

## BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

*«Los socios de una entidad operativa A constituyen una segunda sociedad B con un capital mínimo. En esta sociedad B, el capital social se distribuye en idéntica proporción a*

*la que los socios mantienen en la sociedad A. Una vez constituida la sociedad B adquiere a los socios sus participaciones en la sociedad A. Tras la operación no se produce cambio alguno en el control del grupo. Los socios han logrado una importante rentabilidad en la transmisión de las participaciones, aunque siguen manteniendo un similar porcentaje de control sobre el grupo de empresas. La operación se financia en su totalidad con un préstamo realizado por un grupo de entidades bancarias. Este crédito se destina íntegramente a abonar a los socios el importe de las participaciones. La nueva sociedad B asume la deuda y los gastos financieros que la misma genera» (Antecedente de Hecho 1º).*

El esquema descrito se reproduce posteriormente mediante la creación de nuevas sociedades, que vuelven a actuar como compradoras de las participaciones de la sociedad titular de la actividad económica.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT califica la conducta de los sujetos como infracción muy grave, al apreciar la existencia de simulación, y la concurrencia de utilización de medios fraudulentos.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo considera que, en el supuesto enjuiciado, no puede hablarse de utilización de medios fraudulentos, pero, a diferencia de la Audiencia Nacional (que había rechazado también que la ocultación inherente a la simulación pudiese tenerse en cuenta a efectos de calificarla como infracción grave), considera que la simulación implica siempre ocultación y ello lleva aparejada la calificación de la infracción como grave (con un voto particular discrepante al respecto):

*«Dicho lo anterior, no puede decirse que concurren en la conducta enjuiciada la circunstancia de utilización de medios fraudulentos, sino tan solo una simulación de causa, que supone la existencia de ocultación, pues la misma permitió esconder bajo la pantalla del realmente celebrado el verdaderamente querido (...).*

*Ahora bien, la sentencia impugnada no tiene en cuenta que el caso que ahora se nos plantea ha de ser enjuiciado conforme a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria-ténganse en cuenta las fechas de declaración del Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2005 y 2006-, en la que la ocultación no es criterio de graduación o si se quiere agravante de la sanción - término que erróneamente emplea la sentencia en la nueva normativa-, sino que, por el contrario, es determinante de la calificación de la infracción, pues la Ley atribuye el carácter de leve, grave o muy grave a la infracción de dejar de ingresar en función de las distintas circunstancias concurrentes (...).*

*En particular, y por lo que ahora nos interesa, la infracción será leve cuando la base de la sanción sea inferior a 3.000€ o siendo superior a dicha cifra no exista ocultación. En cambio, será grave cuando la base de la sanción sea superior a 3000 euros y exista ocultación (...).*

*Por otra parte, en el caso de simulación no resulta posible hablar de interpretación razonable de la norma, porque lo que se pretende con ella es eludir la aplicación de la norma, no interpretarla.*

*La conclusión no puede ser otra que la de que en el presente caso debe apreciarse la existencia de ocultación y calificar la conducta como infracción tributaria grave, pues también es patente que la base de la sanción excede de 3.000 euros» (Fundamento de Derecho 6º).*

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** (que formula el magistrado don Rafael Fernández Montalvo, al que se adhiere el magistrado don Joaquín Huelin Martínez de Velasco):

*«Pues bien, frente al criterio mayoritario que expresa la sentencia, en el que, al parecer, el único dato relevante en las infracciones tipificadas en los artículos 191, 192 y 193 para pasar de la calificación de leve a la de grave está en la cuantía de la base de la sanción (3.000€), entiendo que no es posible caer en el automatismo de aplicar la ocultación como criterio de graduación de la sanción. A mi entender, es necesario para apreciar dicha circunstancia un plus respecto de la definición de los tipos en los que la misma opera. En otros términos, la circunstancia que provoca una cualificación más gravosa de las infracciones han de encontrar su justificación en el principio de culpabilidad, esto es, debe suponer la presencia de una culpabilidad superior a la normal- a la que justifica la infracción en grado leve- en el obligado tributario.*

*En definitiva, como puede apreciarse en pronunciamientos de nuestra jurisprudencia, ha de rechazarse, para agravar las sanciones, una aplicación automática o cuasi automática de la ocultación que supondría una reduplicación inadmisibles del tipo de la infracción tributaria convirtiendo cualquier infracción tributaria de omisión de ingreso en una conducta agravada».*

**OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:**

SSTS de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3819/2013, Fundamento de Derecho 22º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3908/2013, Fundamento de Derecho 10º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 948/2014, Fundamento de Derecho 12º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4134/2014, Fundamento de Derecho 10º.2).

**OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO CONTRARIO (CONTRADICCIÓN, AL MENOS APARENTE)**

STS de 13 de diciembre de 2016 (Recurso 2211/2015, Fundamento de Derecho 7º), niega la existencia de ocultación, pese a haberse apreciado simulación, si bien lo hace considerando que la conducta resulta sancionable de acuerdo con la LGT 1963 (ver VI.11.1).

### V.3. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS DE LA SIMULACIÓN. NO REVISABILIDAD EN CASACIÓN (1):

La **valoración de la prueba** sobre la simulación **no es revisable en casación, salvo** que la parte alegue y demuestre que el tribunal *a quo* cometió **infracción** de preceptos reguladores de la valoración de la **prueba tasada** o se llevó a cabo una **apreciación ilógica, arbitraria o irrazonable**. En consecuencia, con excepción de estos dos casos, la apreciación de simulación no puede ser alterada en casación.

*V.3.1. Adquisición simultánea de un derecho de superficie y de una opción de compra sobre un terreno. Gastos deducibles por inversión en inmovilizado inmaterial (IS)*

STS de 24 de abril de 2012 (Recurso 3586/2008)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una entidad adquiere simultáneamente el derecho de superficie sobre un terreno y, mediante un precio residual, la opción de compra sobre el mismo inmueble. El derecho de superficie se contabiliza como inmovilizado inmaterial, por lo que se procede a la deducción fiscal de las cantidades destinadas a su amortización.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT califica el supuesto como simulación, al considerar probado que la operación realmente llevada a cabo es una transmisión de la propiedad de los terrenos, pagándose la mayor parte del precio en el momento de otorgarse los documentos públicos y retrasándose la formalización de la escritura pública de compraventa al momento en que el comprador, de forma unilateral, decida hacerlo pagando del resto del precio. Los supuestos derechos de superficie se ven desvirtuados desde el momento en que, de manera simultánea, se firman los contratos de opción de compra, transformando la operación en una simple compraventa de terrenos. Dicha inversión (la adquisición de terrenos en propiedad) no sería susceptible de generar gastos fiscales en concepto de amortización. Y es en base a ello por lo que se atiende a lo dispuesto en el art. 25 LGT 1963, excluyendo las deducciones e imponiendo las sanciones correspondientes.



## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la existencia de simulación, y las consecuencias correspondientes (nueva liquidación excluyendo las amortizaciones practicadas e imposición de las correspondientes sanciones). A tal efecto argumenta que no concurre ninguna de las causas excepcionales que permitirían revisar en casación la apreciación de los hechos o la valoración de la prueba llevada a cabo en la instancia:

*«Esta Sala en su sentencia de 25 de octubre de 2010 desestimó este motivo con base en los siguientes razonamientos:*

*"Como quinto motivo, «(...)» alega la infracción del artículo 25 de la Ley General Tributaria de 1963 porque, a su juicio, no se ha realizado un negocio simulado a través de la simultánea suscripción sobre unos mismos terrenos de contratos otorgando derechos de superficie y ejerciendo una opción de compra. Con esta queja, interesa en realidad de esta Sala que realice una operación que no le está permitida, ya que nos pide que nos introduzcamos en el ámbito de los hechos del litigio, de su calificación jurídica y de la valoración de las pruebas practicadas en la instancia.*

*En efecto, la simple lectura del fundamento quinto de la sentencia impugnada y de los argumentos que sustentan este motivo de casación permite constatar que la entidad recurrente pide la revisión de la valoración de la prueba, que está vedada en casación, salvo que se alegue y demuestre que Sala de instancia infringió preceptos reguladores de la valoración de pruebas tasadas o realizó una apreciación de la prueba ilógica, irracional o arbitraria, según reiterada doctrina de esta Sala.*

*(...) La casación es un remedio extraordinario a través del cual se acude al Tribunal Supremo con la finalidad de que, con ocasión de determinadas resoluciones (relacionadas en los artículos 86 y 87 de la Ley 29/1998), revise la aplicación que se ha hecho en la instancia de la leyes sustantivas y procesales. Es extraordinario porque opera únicamente en virtud de los motivos establecidos expresamente por el legislador, reducidos a comprobar si se ha «proveído» equivocadamente (error in iudicando) o se ha «procedido» de forma indebida (error in procedendo).*

*(...) Item más, aun cuando se considerara que la compañía recurrente se limita a pedirnos una calificación jurídica distinta de unos mismos hechos, de los que no discrepa, tampoco nos estaría permitido el análisis, ya que la interpretación y la calificación de los contratos es tarea que corresponde a los tribunales de instancia, sin que este Tribunal deba intervenir, salvo que, al desarrollarla, incurran en arbitrariedad, ofreciendo un resultado ilógico, contradictorio o contrario a algún precepto legal, proceder que está ausente en este caso, como se obtiene leyendo las apreciaciones que los jueces a quo realizan en el fundamento quinto, que hemos reproducido el primer antecedente de esta sentencia."*

*(...) Por razón del principio de unidad de criterio debe desestimarse este motivo» (Fundamento de Derecho 3º).*

*«En el último motivo se alega que la entidad recurrente ha sido sancionada al margen de las exigencias del principio de culpabilidad (...).*

*También este motivo debe rechazarse con base en los mismos fundamentos dados en la sentencia de 25 de octubre de 2010, en la que se expresó que:*

*"Como sexto y último motivo de casación, se denuncia la infracción de los artículos 77*

*de la Ley General Tributaria de 1963 y 33 de la Ley 1/1998, porque, en opinión de «(...)», la sanción de la conducta relativa a la amortización del derecho de superficie ha sido impuesta al margen de las exigencias del principio de culpabilidad, descansando en un presupuesto ficticio: la simulación.*

*Como hemos dicho en otras ocasiones, la conclusión alcanzada por el Tribunal de instancia en relación con la culpabilidad es, en muchas ocasiones, una cuestión puramente fáctica, y, por ende, no revisable en esta sede (...).*

*Pero también hemos precisado en las mismas resoluciones que «no sucede lo mismo cuando lo que en realidad se achaca a la sentencia es la falta de motivación de la simple negligencia que el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria y, en definitiva, el artículo 25 de la Constitución exigen para que pueda imponerse sanciones» [en este sentido, sentencia de 6 de junio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 146/04, FJ 4º)].*

*En el caso que nos ocupa la recurrente en casación vuelve a insistir en la naturaleza de los contratos que dieron lugar al derecho de superficie y a la opción de compra de los terrenos, es decir, pretende que esta Sala analice de nuevo cuestiones de hecho sobre las que se ha pronunciado fundadamente la Sala de instancia. Siendo así, mal podemos darle la razón en el punto relativo al ejercicio de la potestad sancionadora, pues su queja se sustenta en negar un hecho decantado en la instancia que aquí y ahora no podemos revisar.*

*Se ha de añadir a lo anterior, que en el fundamento sexto de la sentencia de instancia se explicitan, de manera escueta pero con claridad y precisión, las razones por las que la Audiencia Nacional considera que concurren las condiciones para estimar culpable la conducta de «Repsol», por lo que la exigencia de motivación ha de entenderse satisfecha"» (Fundamento de Derecho 4º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO (EN CUANTO A LA NO REVISABILIDAD DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA):

SSTS de 22 de marzo de 2012 (Recurso 3786/2008, Fundamento de Derecho 3º), de 26 de abril de 2012 (Recurso 252/2008, Fundamento de Derecho 3º), de 18 de marzo de 2013 (Recurso 392/2011, Fundamento de Derecho 2º), de 24 de octubre de 2013 (Recurso 1650/2011, Fundamento de Derecho 4º), de 4 de marzo de 2015 (Recurso 4061/2012, Fundamento de Derecho 5º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3819/2013, Fundamento de Derecho 12º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3908/2013, Fundamento de Derecho 5º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 349/2014, Fundamentos de Derecho 7º al 10º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 948/2014, Fundamento de Derecho 7º.2), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 3976/2014, Fundamento de Derecho 3º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4044/2014, Fundamento de Derecho 2º, motivos 7º al 9º), de 24 de febrero de 2016 (Recurso 4134/2014, Fundamento de Derecho 7º.2.B)].

#### V.4. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS DE LA SIMULACIÓN. NO REVISABILIDAD EN CASACIÓN (2):

La **valoración de la prueba** sobre la simulación **es revisable en casación**, si **la parte alega y demuestra** que el tribunal *a quo* **no tuvo en cuenta** el resultado de una **prueba esencial** para llevar a cabo la calificación de la conducta como simulada.

*V.4.1. Aplicación del régimen de sociedades patrimoniales, después del cese formal de la actividad de promoción y el traspaso de trabajadores a una entidad vinculada (IS)*

STS de 1 de marzo de 2017 (Recurso 533/2016)

##### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad declara formalmente el cese en sus actividades de promoción, manteniendo sólo las de arrendamiento y compraventa de inmuebles. Asimismo, sus dos trabajadores también causan cese formal en la sociedad e inmediatamente son contratados por otra entidad vinculada. La entidad se declara a partir de entonces sujeta al régimen de las sociedades patrimoniales en el IS, considerando cumplidos los requisitos exigibles a tal efecto, acogéndose a las normas previstas para dichas entidades en el momento de su disolución (régimen transitorio previsto para el ejercicio 2007).

##### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección tributaria consideró, por una parte, que la actividad de promoción inmobiliaria había continuado desarrollándose, pese a haberse presentado el cese formal, y, por otra, que tanto esta última circunstancia como el traslado de trabajadores a otra empresa vinculada fueron actuaciones llevadas a cabo para crear una apariencia, con la única finalidad de aprovecharse indebidamente del régimen de las sociedades patrimoniales, por lo que se aprecia la existencia de simulación. En consecuencia, se liquida el IS al tipo general del IS (el sujeto pasivo había aplicado el tipo reducido del 15 por 100 a determinadas operaciones) y se rechaza la aplicación del régimen de diferimiento previsto en la Disposición Transitoria 24ª TRLIS para la disolución de sociedades patrimoniales durante el ejercicio 2007. Por otra parte, al apreciarse simulación, se califica la conducta como infracción tributaria.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma las liquidaciones administrativas, por estimar que no era aplicable el régimen de las sociedades patrimoniales, aceptando los indicios apreciados por la Administración y la sentencia de instancia como acreditativos de que el sujeto pasivo había seguido desarrollando la actividad de promoción inmobiliaria. Sin embargo, tras valorar pruebas testificales que habían sido ignoradas por la sentencia de instancia, se llega a la conclusión de que el despido de trabajadores y su inmediata contratación por entidades vinculadas fue irrelevante, pues dichos trabajadores no realizaban funciones de gestión de los arrendamientos de inmuebles, por lo que su presencia no influía en la calificación de la sociedad como patrimonial. En consecuencia, se descarta asimismo la existencia de simulación, lo que conduce a anular la sanción impuesta:

*«Debemos recordar que la Inspección acude a la simulación para así entender cumplido el requisito de personal contratado que exigía el art. 25.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para la actividad de arrendamiento, al considerar que se produjo un traspaso de trabajadores sin motivación económica en 2005 de (...) a (...), de forma que se creó una apariencia de que no se cumplía tal requisito de tener contratada a jornada completa con el objeto de que esa actividad no tuviera la consideración de económica y tributara bajo el régimen de sociedad patrimonial, al modificarse luego el objeto social en escritura de 17 de marzo de 2005, a fin de acomodarlo formalmente al propio de una sociedad patrimonial, dándose de baja en el epígrafe de promoción inmobiliaria.*

*(...) Por su parte, en el motivo B) se aduce que la valoración o más bien la inexistencia de valoración de la prueba testifical y documental practicada sobre el local ha sido arbitraria y manifiestamente errónea.*

*Este motivo está íntimamente relacionado con el D), en cuanto la parte vuelve a mantener que la valoración de las pruebas fue irracional e ilógica, al confirmar la existencia de simulación en el traslado de los trabajadores desde (...) a otras sociedades, sin tener en cuenta el resultado de la prueba (...), con vulneración todo ello de los preceptos y jurisprudencia que atribuyen la carga de la prueba de la existencia de simulación a la Administración, al imputar a la parte el no haber aportado una explicación razonable de su actuación respecto del despido y cese de los empleados» (Fundamento de Derecho 6º).*

*«[P]rocede estimar la falta de motivación alegada, porque si bien a la luz de nuestra jurisprudencia, en principio, no se produce lesión alguna por la mera circunstancia de que en la sentencia impugnada no se hayan hecho referencia expresa a todas y cada una de las pruebas practicadas en el proceso, dado que la Sala puede apreciar en conjunto las pruebas practicadas sin concretar en que medio de prueba se ha basado para llegar a la conclusión definitiva que establece ( sentencias de 23 de octubre de 2007, cas. 2529/03 y 3 de diciembre de 2009, cas. 949/20014 , entre otras), no cabe desconocer que en este caso la sentencia impugnada no hace referencia alguna a la única testifical practicada, que era esencial en cuanto iba dirigida a rebatir la existencia de simulación y el cumplimiento del requisito de personal contratado» (Fundamento de Derecho 7º).*

*«Estimado el motivo, procede constituírnos en Tribunal de instancia, conscientes de que la valoración de la prueba sólo tiene significado a efectos de la simulación apreciada,*

*toda vez que, una vez confirmada la existencia de la actividad de promoción inmobiliaria, carece de incidencia a efectos liquidatorios la actividad de arrendamiento, aunque se considerara también como actividad económica.*

*Pues bien, de la declaración de los testigos (...) se desprende:*

*1º) Que la contabilidad y administración de la sociedad (...) la llevaba la sociedad Servicios (...), SL, en cumplimiento de unos contratos formalizados por escrito.*

*2º) Que D. (...) trabajaba en el año 2005 como empleado de (...), prestando el servicio de guardería (...), sin que realizase ningún trabajo administrativo.*

*3º) Que D. (...) trabajaba en 2005 como administrativo de (...), sin que tuviese ningún poder de administración.*

*Estos antecedentes fácticos impiden basar la simulación apreciada en los ceses de los dos trabajadores por (...), que pasaron a prestar los mismos servicios en otras sociedades vinculadas, y en la modificación del objeto social de (...) en marzo de 2005, como confirma la sentencia, careciendo de justificación asimismo la argumentación que contiene, en cuanto viene a extender a otros hechos la simulación al margen de lo declarado por la propia Inspección» (Fundamento de Derecho 8º).*

*«Quedan por resolver los motivos que afectan a la sanción, en los que se denuncia la inexistencia de culpabilidad (motivo F); la incorrecta motivación del acuerdo sancionador (motivos G y H); y la vulneración de la carga de la prueba motivo I), motivos que deben ser estimados, pues descartada la existencia de simulación, hay que reconocer la insuficiencia de la motivación en cuanto alude a que los preceptos infringidos son claros y precisos, y a la inexistencia de una interpretación razonable de la norma, de acuerdo con la reiterada doctrina de la Sala, que se recuerda por los recurrentes» (Fundamento de Derecho 10º).*

## VI. ABUSO DEL DERECHO, FRAUDE O EVASIÓN, MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO (RÉGIMEN ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES SOCIETARIAS)

### VI.1. LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES SOCIETARIAS. DOCTRINA GENERAL:

Interpretación amplia del **concepto de fraude o evasión fiscal** a efectos de aplicar la cláusula antiabuso del régimen de neutralidad. Dicho concepto es más amplio que el de fraude de ley previsto en el art. 24 de la LGT 1963, identificándose más bien con la **prohibición de abuso del derecho y de su ejercicio antisocial**, recogida en el art. 7.2 del Título Preliminar del Código Civil. Aplicación de la normativa de la UE como criterio interpretativo para apreciar el fraude o la evasión. El fraude o la evasión implica que el **principal propósito** de la operación u operaciones de reestructuración es la obtención de una **ventaja fiscal**. La Administración puede presumir su existencia a **falta de motivos económicos válidos** (presunción aplicable desde la implantación del régimen, pese a la falta de referencia explícita a esta circunstancia hasta la Ley 14/2000). Aquel propósito debe apreciarse en el marco de un examen global del conjunto de operaciones llevadas a cabo.

*VI.1.1. Escisión total con adjudicación de terrenos a una de las entidades beneficiarias (cuyos socios son personas físicas) y de participaciones sociales a la otra, con venta posterior de la sociedad beneficiaria del terreno (IS)*

STS de 24 de enero de 2013 (Recurso 1847/2010)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad tiene como socios personas físicas y una persona jurídica. Su patrimonio está constituido por unos terrenos y la titularidad de las participaciones en otra entidad. Al producirse su escisión, se adjudican los dos citados bloques patrimoniales a sendas entidades beneficiarias. Los terrenos se transfieren a una entidad cuyas participaciones se atribuyen a los socios personas físicas de la escindida. Éstas proceden a la venta de las participaciones de la entidad beneficiaria (transmitiendo así indirectamente el terreno), la cual es objeto de disolución más o menos inmediata por sus adquirentes. Al socio persona jurídica de la escindida se adjudican las participaciones en la sociedad beneficiaria de las participaciones sociales. A

continuación se produce la fusión por absorción de ambas (el socio persona jurídica y la beneficiaria de las participaciones), haciéndose de este modo el socio persona jurídica con la titularidad de las participaciones que habían sido adjudicadas a la beneficiaria.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

El órgano administrativo estimó que no concurría un motivo económico válido, pues el propósito principal del conjunto de operaciones llevadas a cabo fue en última instancia la transmisión de los terrenos por las personas físicas, y la colocación de las participaciones sociales en la persona jurídica, sin coste fiscal alguno.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Se considera por el Alto Tribunal correcto el criterio de la Administración, entendiendo que se da el presupuesto de la cláusula antiabuso del régimen de neutralidad, pudiéndose apreciar la existencia de fraude o evasión por ausencia de motivo económico válido. A tal efecto se recuerda la doctrina general del propio Tribunal Supremo sobre aplicación de la citada cláusula:

*«Con relación a la interpretación del artículo 110.2 de la LIS, en su redacción vigente en el año 1997, la sentencia de 7 de abril de 2011 de esta Sección (rec. 2281/2008) ha puesto de relieve que la discusión se centra fundamentalmente en determinar si la expresión "principalmente con fines de fraude o evasión fiscal" debe entenderse como una remisión a la figura del fraude de ley contenida en el artículo 24 de la LGT del año 1963, o, como mantiene la Administración y reitera la Sala de instancia, dichos fines se pueden producir cuando la operación se realiza sin un motivo económico válido.*

*Pues bien, el artículo 110.2 de la LIS establecía, en la redacción vigente en el año 1997 lo siguiente:*

*"Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 de esta Ley, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen establecido en el presente capítulo y se procederá por la Administración Tributaria a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos".*

*Acudiendo, en primer lugar, a una interpretación gramatical del mencionado precepto, puede constatarse que efectivamente ninguna mención expresa se hace a la existencia de motivos económicos válidos; pero, de igual forma, tampoco puede concluirse que la referencia al fraude o evasión fiscal debe considerarse como una remisión al artículo 24 de la LGT.*

*En segundo lugar, la alusión a la existencia de motivos económicos válidos no es extraña al régimen fiscal especial previsto con anterioridad a la reforma operada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, pues la misma sí se contenía 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. En efecto, el artículo 11.1 .a) preveía que: "1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente*



las disposiciones de los Títulos II, III y IV o retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones: a) Tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1.º no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal".

Así lo ha puesto de manifiesto también el Tribunal de Justicia de Unión Europea, interpretando el artículo 11.1.a) de la Directiva, al señalar en diversas ocasiones que "con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de canje de acciones tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Esta misma disposición precisa, entre otras cosas, que el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene tal objetivo". ( STJUE de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem, C-28/95 , apartados 38 y 39; STJUE de 5 de julio de 2007, Kofoed, C-325/05 , apartado 37, y STJUE de 20 de mayo de 2010, C- 352/08, apartado 43).

Y, en este sentido, no podemos desconocer que la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, que introdujo en nuestro ordenamiento el régimen especial para las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, posteriormente trasladado a la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, señalaba expresamente en su Preámbulo que la norma tenía como finalidad la incorporación al ámbito interno de la normativa comunitaria y que, aun tratándose de ámbitos diferentes, nacionales en un caso y transnacionales en el otro, los principios que inspiran el régimen comunitario resultan igualmente aplicables a las operaciones internas.

En efecto, el Preámbulo de la mencionada norma dice expresamente 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".

En consecuencia, existiendo la referencia en la norma comunitaria a que la inexistencia de motivos económicos válidos puede constituir una presunción de que la operación ha tenido como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, y reconocido por el propio legislador que los mismos principios que inspiran la Directiva deben aplicarse a las situaciones internas, puede concluirse que dicha previsión se encontraba, con independencia de que, en principio, no resulte de aplicación la norma comunitaria a las situaciones puramente internas, en el espíritu de la Ley 29/1991 y, posteriormente, en el artículo 110.2 de la LIS.

*Esta interpretación amplia del concepto de "fraude o evasión fiscal" se desprende también de nuestra doctrina. Así, en la sentencia de 5 de julio de 2010 (rec. cas. núm. 373/2007), esta Sala, tras recordar a) que la finalidad que persigue el art. 11.1.a) de la 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, realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros, que es "el establecimiento en todos los Estados miembros de un régimen fiscal común para las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones, que sea neutro y que no penalice tales operaciones cuando tienen lugar entre sociedades de distintos países de la Comunidad (considerandos primero y segundo de la Directiva)", y que, b) sin embargo, "el artículo 11.1.a) de esta norma comunitaria permite aparcar ese empeño armonizador cuando las operaciones societarias persigan, como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, a cuyo efecto el hecho de que se realicen sin "motivos económicos válidos" puede constituir una presunción», añadimos c) que "en realidad, estas normas específicas no son más que una emanación del artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial" [(FD Cuarto); en el mismo sentido, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (rec. cas. núm. 2800/2003), FD Segundo].*

*De igual forma, en la sentencia de 13 de enero de 2011 (rec. cas. núm. 1451/2006), y con relación a una operación de canje de valores que originó una liquidación por el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 1994 y 1995, hemos acudido al criterio de inexistencia de motivos económicos válidos para denegar el acceso al régimen previsto en la Ley 29/1991, es decir, a una norma anterior a la reforma introducida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.*

*(...) Finalmente, es evidente que entender lo contrario, es decir, considerar que la norma interna exigía que la Administración probase la existencia de fraude de ley en la operación de fusión realizada en el ámbito interno, podría conllevar la vulneración del principio comunitario de libre concurrencia en el mercado, pues situaría a las empresas españolas en situaciones inferiores de competitividad con relación a otras empresas de ámbito transnacional.*

*Las razones expuestas nos llevan a concluir que no existen argumentos definitivos que permitan concluir que el artículo 110.2 de la LIS, en la redacción vigente en el año 1997, cuando señala que la operación se hubiese realizado "principalmente con fines de fraude o evasión fiscal", debía entenderse como una remisión a la figura del fraude de ley contenida en el artículo 24 de la LGT.*

*En el mismo sentido sentencias de este Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011 (recs. cas. 2281/2008, 4939/2007 y 5999/2008)*

*(...)*

*El análisis de las circunstancias concurrente en el caso de autos avala la tesis de la sentencia recurrida en cuanto que pone de manifiesto que en la controvertida operación de escisión no existe un motivo económico válido que justifique la misma, sino meramente fiscal: la posibilidad de obtener un beneficio fiscal. A esta conclusión contribuye especialmente el análisis de los actos posteriores a la escisión, tales como, por un lado, la venta de las participaciones de la sociedad beneficiaria (...) por parte de los socios personas físicas (...) a las entidades (...) y D. (...), que tiene lugar el 18 de junio de 1998 y su posterior disolución y liquidación y, por otro lado, la fusión por absorción de (...) e (...), el 7 de enero de 1999, produciéndose la extinción de esta última. En definitiva, atendiendo a las circunstancias en que se han producido las tres operaciones societarias de escisión de (...), venta de participaciones de (...) y posterior disolución y, por último, la fusión por absorción de las dos entidades indicadas y el escaso plazo de tiempo que ha*

*mediado entre ellas, este Tribunal considera que, efectivamente, estas tres operaciones están concatenadas entre sí y se rigen por una misma finalidad, que no es económica, sino fiscal. Como consecuencia de las tres operaciones citadas, (...) S.A. se ha hecho con la titularidad de la participación en la sociedad (...) S.L. de una manera directa y D. (...) y (...) han vendido los terrenos que habían recibido indirectamente a través de la titularidad de las participaciones de (...) S.L., sin integrar las rentas puestas de manifiesto en las transmisiones ni en la base imponible de (...), ni en la de (...) S.A., ni en la de los socios personas físicas, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley 43/1995 . Se debe destacar además que el beneficio fiscal se ha maximizado al atribuir las acciones de (...) a los socios personas físicas (a cuyas plusvalías se habrán aplicado los coeficientes reductores) y las de (...) S.L. al socio persona jurídica» (Fundamento de Derecho 4º.4).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 8 de marzo de 2012 (Recurso 3777/2008, Fundamento de Derecho 4º.4 y 4º.5), de 24 de mayo de 2012 (Recurso 2233/2010, Fundamento de Derecho 4º), de 25 de mayo de 2012 (Recurso 3944/2009, Fundamento de Derecho 2º), de 7 de junio de 2012 (Recurso 2660/2009, Fundamento de Derecho 4º), de 23 de junio de 2012 (Recurso 3281/2009, Fundamento de Derecho 6º), de 3 de julio de 2012 (Recurso 4851/2009, Fundamento de Derecho 5º), de 12 de julio de 2012 (Recurso 2308/2009, Fundamento de Derecho 2º), de 13 de septiembre de 2012 (Recurso 2879/2010, Fundamento de Derecho 4º), de 24 de septiembre de 2012 (Recurso 1595/2009, Fundamento de Derecho 6º), de 24 de septiembre de 2012 (Recurso 3637/2009, Fundamento de Derecho 2º), de 12 de noviembre de 2012 (Recurso 4299/2010, Fundamento de Derecho 2º), de 15 de abril de 2013 (Recurso 3010/2011, Fundamento de Derecho 6º), de 25 de abril de 2013 (Recurso 5431/2010, Fundamento de Derecho 2º), de 27 de mayo de 2013 (Recurso 1668/2011, Fundamentos de Derecho 3º, 4º y 5º), de 28 de junio de 2013 (Recurso 1186/2011, Fundamento de Derecho 2º), de 18 de noviembre de 2013 (Recurso 654/2012, Fundamento de Derecho 3º), de 20 de febrero de 2014 (Recurso 4219/2011, Fundamento de Derecho 3º), de 24 de febrero de 2014 (Recurso 724/2013, Fundamento de Derecho 2º), de 21 de julio de 2014 (Recurso 1871/2013, Fundamento de Derecho 3º), de 26 de septiembre de 2014 (Recurso 844/2012, Fundamento de Derecho 5º.1 y 2), de 27 de octubre de 2014 (Recurso 4184/2012, Fundamento de Derecho 2º), de 19 de febrero de 2015 (Recurso 647/2013, Fundamento de Derecho 3º), de 21 de mayo de 2015 (Recurso 1197/2013, Fundamento de Derecho 2º), de 14 de octubre de 2015 (Recurso 2796/2013, Fundamento de Derecho 4º), de 14 de octubre de 2015 (Recurso 3392/2013, Fundamento de Derecho 2º), de 5 de noviembre de 2015, (Recurso 774/2014, Fundamento de Derecho 8º.2), de 6 de noviembre de

2015 (Recurso 777/2014, Fundamento de Derecho 9º.2), de 23 de febrero de 2016 (Recurso 887/2014, Fundamento de Derecho 10º), de 23 de noviembre de 2016 (Recurso 3742/2015, Fundamento de Derecho 2º), de 21 marzo de 2017 (Recurso 351/2016, Fundamento de Derecho 8º).

*VI.1.2. Segregación del patrimonio social ajeno a la actividad de promoción inmobiliaria mediante aportaciones no dinerarias a sociedades de nueva creación, seguidas de escisión parcial (IS)*

STS de 23 de noviembre de 2016 (Recurso 3742/2015)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una sociedad que lleva años desarrollando un negocio de arrendamiento de inmuebles decide acometer una nueva actividad de promoción inmobiliaria. A tal efecto, tras obtener un importante préstamo hipotecario, efectúa una aportación no dineraria de su patrimonio no afecto a la actividad de promoción a dos sociedades de nueva constitución. Finalmente procede a su escisión parcial, aportando a una de estas dos nuevas sociedades la totalidad de las participaciones recibidas como consecuencia de las aportaciones no dinerarias. El resultado es la segregación del patrimonio no afecto a la actividad de promoción en una de las sociedades constituidas mediante las aportaciones no dinerarias iniciales. La entidad aplica el régimen especial de las reestructuraciones societarias, no tributando por las plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones referidas.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La Inspección tributaria estima que no existe motivo económico válido en la operación, porque no se puede considerar como tal la finalidad de proteger una parte importante del patrimonio social, por ser un objetivo contrario al principio de responsabilidad patrimonial universal. En consecuencia, consideró que las operaciones llevadas a cabo quedaban excluidas del régimen especial.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Alto Tribunal, en esencia, acepta que la separación del patrimonio social para su protección contra los riesgos de la actividad de promoción constituye motivo económico válido suficiente, por lo que encuentra injustificada en este caso la exclusión del régimen. A tal efecto, comienza recordando la doc-

trina general sobre aplicación de la cláusula antiabuso del régimen especial de reestructuraciones societarias, insistiendo en la vinculación de su fundamento, a la vista de la regulación de la UE de la que trae causa, con la prohibición general de abuso del derecho que proclama el TJUE y se recoge en el art. 7.2 del Código Civil. En esta línea, subraya la importancia de que las operaciones llevadas a cabo proporcionen una base objetiva capaz de evidenciar que el propósito principal del sujeto al realizarlas ha sido la obtención de una ventaja fiscal contraria a los objetivos de la norma aplicable. Incumbe pues a la Administración "constatar" esa circunstancia (que el propósito principal ha sido la obtención de la ventaja fiscal), pudiendo presumirla por la ausencia de un motivo económico válido. A tal efecto, se consideran motivos económicos válidos la reestructuración o racionalización de las actividades, si bien estos supuestos mencionados expresamente en la norma son meramente ejemplificativos, de manera que pueden existir otros motivos económicos que justifiquen la operación. Para apreciar su posible concurrencia es preciso un examen global de las operaciones. En el caso enjuiciado, la finalidad de proteger el patrimonio social contra los riesgos de la actividad de promoción se considera un motivo económico válido suficiente para concluir que la finalidad principal de la operación no fue la obtención de una ventaja fiscal, por lo que no concurre causa de exclusión del régimen:

*«Como se comprueba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pivota sobre 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. El abuso de derecho se convierte en principio inherente al ordenamiento de la Unión Europea, disponiendo de mecanismos de reacción, Sentencia Emsland-Starke caso C-110/99.*

*Ahora bien, para el Tribunal de Justicia no todo rodeo para evitar la aplicación de un determinado régimen jurídico resulta ilegítimo, sino sólo el que resulta abusivo, lo que obliga a analizar caso por caso ( sentencia 9 de marzo de 1999 Centros, C-212/97), teniendo la consideración de abusiva aquella situación en la que se crean artificialmente las condiciones necesarias para la obtención de la ventaja ( sentencia de 11 de octubre de 1977, Cremer, 125/76 ). En ámbitos no armonizados, como el del impuesto sobre sociedades, el Tribunal de Justicia ha añadido la idea de montaje puramente artificial carente de realidad económica, formulándose un concepto europeo de "montajes puramente artificiales", que pretende servir de elemento verificador del abuso y de la legítima reacción para controlarlo y corregirlo; no basta, pues, que se persiga obtener ventajas fiscales, sino que deben ser, además, resultados de montajes artificiales carentes de realidad económica ( sentencia de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-523/04).*

*Siendo de observar cómo lo determinante en dicha verificación son los elementos objetivos, desde luego el elemento subjetivo no es irrelevante, pero el elemento fundamental y necesario sobre el que ha de realizarse la verificación para descubrir la existencia de un posible abuso, es el elemento objetivo, véase al respecto la Sentencia Komen, de*

12 de julio de 2012, y en la Sentencia de 20 de junio de 2013, asunto C-653/11, se señala que «la disfunción que sirve para apreciar la artificiosidad debe verificarse entre la realidad jurídica y los hechos, y no entre aquella y las intenciones de las partes», de suerte que, Sentencia de 3 de octubre de 2013, Asunto C-282/12, «la prevención del fraude y evasión fiscal no va más allá de lo necesario, si intenta, sobre elementos objetivos y verificables, determinar que una transacción tiene el carácter de montaje puramente artificial». Reputándose montajes puramente artificiales los que carecen de realidad económica. Por tanto, si se desarrollan transacciones artificiosas con el propósito de conseguir ventajas fiscales (elusión fiscal), constituirían un abuso de derecho comunitario prohibido (sentencia de 29 de abril de 2004, Gemeente Leusden y Holin Groep, C-487/01 y C-7/02); sin embargo, la persecución de una ventaja fiscal, no conlleva sin más la ilicitud del comportamiento, «...ni los motivos fiscales ni la circunstancia de que las mismas operaciones podrían haber sido realizadas por una sociedad establecida en territorio del Estado miembro en el que está domiciliado el contribuyente pueden, por sí mismos, permitir llegar a la conclusión de que las operaciones de que se trata son irreales o mendaces». Lo determinante es la artificiosidad y su verificación a los efectos de la habilitación de la reacción normativa contra dichos comportamientos abusivos.

En definitiva, el concepto de abuso de derecho que aporta el Tribunal de Justicia exige sobre la base objetiva creada con las operaciones realizadas a dicho fin, tener como finalidad esencial obtener una ventaja fiscal que se pretende sea contraria al objetivo y finalidad de las normas aplicables.

(...) Todo ello nos lleva a la conclusión de que lo que le incumbe a la Administración es constatar que el objetivo principal perseguido era la obtención de una ventaja fiscal, como así lo poníamos de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, rec. cas. 1668/2011, «(...)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 iuris tantum que autoriza el artículo 110.2 de la Ley 43/1995, que, como ya hemos apuntado, traslada nuestro ordenamiento interno el artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, lo que no es lo mismo», esto es se presume dicha finalidad prohibida por la inexistencia de motivos económicos válidos.

(...) Volviendo a la regulación positiva resulta claro que no se aplicará el régimen de diferimiento cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas 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. Ahora bien, pueden existir otros motivos económicos válidos, que no sean la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades (...). Lo cual conduce a que sea necesario, caso por caso, despejar el concepto jurídico indeterminado de "motivo económico válido", que lógicamente surgirá del conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, pero necesariamente no puede desconectarse de los objetivos y finalidad del régimen de diferimiento, la neutralidad fiscal para hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial (Fundamento de Derecho 2º).

«[L]a sentencia consideró que las operaciones llevadas a cabo infringieron el principio de responsabilidad universal (...). Aparte de que como tantas veces ha dicho esta Sala para la integración del concepto jurídico indeterminado de motivo económico válido, ha de ponderarse las circunstancias no sólo pasadas y coetáneas a la operación, sino también las posteriores, y resulta muy complicado de sostener el incumplimiento de debe-



*res contractuales por parte de la recurrente como deudor hipotecario, cuando consta que prácticamente había vendido en su totalidad la promoción en la que invirtió el crédito hipotecario, hecho frente al préstamo obtenido y no consta que el BBVA, contraparte contractual, iniciara acción alguna de incumplimiento contra la recurrente, como hemos recordado transcribiendo la mejor doctrina europea sobre la cuestión, «la artificiosidad debe verificarse entre la realidad jurídica y los hechos, y no entre aquella y las intenciones de las partes», y en el presente caso los hechos desvirtúan la intencionalidad que la Sala ha atribuido a la parte.*

*(...) [C]omo 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, que no concurren motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, "tales como", aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecte con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.*

*En el caso que nos ocupa, es la propia Sala de instancia la que viene a mantener que las operaciones tendentes a la protección del patrimonio encierran un motivo económico válido, pero en lugar de relacionar el supuesto con el fraude o la evasión fiscal y vincularlo con la finalidad perseguida con el régimen de diferimiento, entra a analizar la intención de la parte recurrente en relación con la relevancia civil de la operación y no acepta que estemos ante un motivo económico válido, no porque la operación tenga por finalidad la elusión fiscal, sino porque «implica una elusión de la responsabilidad patrimonial universal prevista en el artículo 1911 del Código Civil». En definitiva, la sentencia debe ser casada y como jueces de instancia, dado que como se ha razonado se ha rechazado que las operaciones tuvieran como objetivo principal la elusión fiscal, resultaba de todo punto legítimo acogerse al expresado régimen especial, por lo que procede acoger la pretensión actora y anular los actos impugnados» (Fundamento de Derecho 3º).*

## **VI.2. MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO: LA FALTA DE PRUEBA JUSTIFICA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO Y DETERMINA LA CONSIGUIENTE EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL**

### *VI.2.1. Escisión total subjetiva, con atribución de bloques patrimoniales a las distintas sociedades beneficiarias de la escisión (IS)*

STS de 24 de septiembre de 2012 (Recurso 1595/2009)

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una sociedad procede a su escisión total sin liquidación, mediante la atribución de distintos bloques patrimoniales a las entidades resultantes de la escisión. La escisión tiene carácter subjetivo (las participaciones de las



sociedades beneficiarias no se atribuyen a los socios de la escindida en la misma proporción que ostentaban en ésta, sino que cada socio recibe títulos de una de las sociedades adquirentes).

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección tributaria considera que la operación de escisión carece de motivos económicos válidos, y se limita a materializar la segregación del patrimonio entre las entidades beneficiarias de la escisión, con el fin de evitar la tributación derivada de una mera división patrimonial. En consecuencia, se excluye la aplicación del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores previsto en el Capítulo VIII del Título VIII de la LIS (actual Capítulo VII del Título VII).

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la decisión de la Administración, al considerar que la aplicación del régimen especial hubiera requerido que el sujeto pasivo acreditase la concurrencia de motivo económico válido, sin que la prueba del mismo haya sido aportada:

*«En el caso que ahora enjuicamos la escisión total dió lugar a una nueva sociedad que mantiene el nombre de la escindida, la misma distribución accionarial en socios y participación que aquélla y se queda con todo lo que no sean parcelas urbanizadas, manteniendo el resto de cuentas de activo y pasivo de la entidad escindida. En suma, esta entidad, igualmente denominada (...) S.L., se constituye como una matriz respecto de todas las demás sucesoras de la escindida, quedándose estas últimas con determinados bienes segregados. El gráfico obrante en las páginas 3 y 4 del informe ampliatorio, relativo a lo que debe ser una escisión y lo acaecido en este caso es harto significativo.*

*La Inspección requirió a la entidad escindida que indicara cuál era la motivación económica de la operación societaria, tal como relata el TEAC en su Fundamento de Derecho Séptimo y aunque la misma contestó a dicho requerimiento, lo cierto es que la respuesta, aparte de ser sumamente genérica, es desmontada por la Inspección en las páginas 54, 55 y 56 del informe ampliatorio.*

*La recurrente aduce que la Inspección debía haber efectuado actuaciones o indagaciones respecto a cómo le había ido a las sociedades beneficiarias, si estaban mejor o peor posicionadas, si se habían liquidado o seguían operando, cómo ha afectado la escisión a los agentes económicos con los que se relacionaban la escindida y las beneficiarias, pero lo cierto es que, según exponíamos anteriormente, rechazada por la Inspección la existencia de "motivos económicos válidos", y sentada la presunción de "fraude o evasión fiscal", era a la parte a quien correspondía acreditar esos extremos, quien además, conforme al principio de facilidad probatoria, consagrado en el artículo 217.7 de la Ley 1/2000, estaba en mejores condiciones para efectuarlo, debiéndose poner de relieve que ni siquiera la recurrente ha solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento de instancia» (Fundamento de Derecho 7º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 3 de julio de 2012 (Recurso 4851/2009, Fundamento de Derecho 6º), de 13 de septiembre de 2012 (Recurso 2879/2010, Fundamento de Derecho 4º), de 15 de abril de 2013 (Recurso 3010/2011, Fundamento de Derecho 6º), de 20 de mayo de 2013 (Recurso 4274/2011, Fundamento de Derecho 3º), de 28 de noviembre de 2013 (Recurso 2581/2011, Fundamento de Derecho 10º), de 23 de enero de 2014 (Recurso 3834/2011, Fundamento de Derecho 7º), de 24 de febrero de 2014 (Recurso 724/2013, Fundamento de Derecho 3º), de 14 de octubre de 2015 (Recurso 2796/2013, Fundamento de Derecho 4º), de 5 de noviembre de 2015, (Recurso 774/2014, Fundamentos de Derecho 7º.4 y 8º.3), de 6 de noviembre de 2015 (Recurso 777/2014, Fundamentos de Derecho 8º.4 y 9º.3), de 23 de febrero de 2016 (Recurso 887/2014, Fundamento de Derecho 11º), de 17 de marzo de 2016 (Recurso 2581/2014, Fundamento de Derecho 2º), de 30 de mayo de 2016 (Recurso 1776/2015, Fundamento de Derecho 4º), de 13 de octubre de 2016 (Recurso 1408/2015, Fundamento de Derecho 3º), de 13 de octubre de 2016 (Recurso 1419/2015, Fundamento de Derecho 3º), de 21 de marzo de 2017 (Recurso Fundamento de Derecho 8º.6 y 7).

#### *VI.2.2. Escisión total subjetiva, con atribución de bloques patrimoniales a las distintas sociedades beneficiarias de la escisión (IS)*

STS de 27 de mayo de 2013 (Recurso 1668/2011)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Supuesto análogo al contemplado en la sentencia anterior, donde mediante una escisión total subjetiva se logra dividir el patrimonio social en bloques, con atribución de los diferentes bloques a socios distintos (con la particularidad de que, en este caso, los socios beneficiarios terminan siendo personas físicas a través de una operación adicional de fusión).

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración considera aplicable la cláusula antiabuso, por lo que excluye la aplicación del régimen especial de las reestructuraciones empresariales, al entender que las operaciones de reestructuración tienen como único propósito la separación de los socios personas físicas de la sociedad escindida con percepción de su correspondiente cuota de liquidación.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo, aun siguiendo la línea expresada en la sentencia anterior (según la cual correspondería a los sujetos pasivos haber probado la concurrencia de motivo económico válido para evitar la exclusión del régimen especial), introduce un matiz que podría ser relevante, al sugerir que, como condición para presumir que el objetivo de la operación es el fraude o la evasión, la Administración debe probar previamente ("constatar") que el objetivo principal de la operación era obtener una ventaja fiscal, y sólo de esta forma podrá aplicar aquella presunción -se evidencia con ello **cierta contradicción en argumentos *obiter dicta* con la STS de 28 de junio de 2013 (Recurso 1186/2011), referida *infra***-. De hecho, la misma sentencia, después de rechazar la existencia de motivo económico válido, se preocupa de razonar de manera minuciosa que la escisión produjo una ventaja fiscal evidente para los sujetos pasivos:

*«No se le ha negado 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 iuris tantum que autoriza el artículo 110.2 de la Ley 43/1995, que, como ya hemos apuntado, traslada nuestro ordenamiento interno el artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, lo que no es lo mismo»* (Fundamento de derecho 4º).

*«Si no se olvida que «A...» era el tercer socio de «R...», no doña (...) y don (...), se muestra claramente la ventaja o ahorro fiscal derivado de la operación de escisión total con acogimiento al régimen de neutralidad fiscal, puesto que evitó a «A...» declarar la plusvalía obtenida en el impuesto sobre sociedades, integrándola en la base imponible de ese ejercicio 2000, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 y siguientes de la Ley 43/1995, y, en caso de estar sujeta al régimen de transparencia fiscal -como todos los indicios apuntan-, hubiera sido parte integrante de la imputación de la base imponible positiva a sus dos únicos socios, quienes deberían haber tributado por esa renta imputada, sin aplicación de coeficientes de abatimiento, en la parte general de la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, sometida a la tarifa progresiva. Así lo hemos entendido también en un caso semejante en la sentencia de 18 de marzo de 2013 (causación 392/11, FJ 2º).*

*Realizando pues el análisis en términos homogéneos, la ventaja fiscal de la operación diseñada aparece nítida, en contra de lo sostenido por la compañía recurrente»* (Fundamento de Derecho 6º).

## OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 23 de noviembre de 2016 (Recurso 3742/2015, Fundamento de Derecho 2º), en cuanto a la necesidad de que sea la Administración quien pruebe la obtención de ventaja fiscal como premisa para aplicar la presunción de fraude o evasión.

VI.2.3. *Escisión parcial, con atribución de bloques patrimoniales a dos sociedades beneficiarias de la escisión, manteniendo la escindida la titularidad de un solar (IS)*

STS de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 2804/2015)

BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad acomete su escisión parcial, mediante la creación de dos nuevas sociedades a las que se atribuyen distintos bloques patrimoniales. La sociedad escindida mantiene su existencia y su personalidad, quedando como titular de un solar. Poco tiempo después, los socios personas físicas de la sociedad escindida venden la totalidad de sus participaciones (e indirectamente la titularidad del solar), sin que sea objeto de gravamen la plusvalía acumulada en las participaciones por aplicación de los coeficientes de abatimiento.

CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración tributaria considera que la operación de escisión carecía de motivo económico válido, siendo su única finalidad la de segregar el patrimonio social y evitar, en última instancia, la tributación que hubiera correspondido en caso de venta directa del solar. En consecuencia, excluye la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal para las operaciones de reestructuración.

SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Administración, considerando que no concurría en la operación un motivo económico válido, por lo que respalda la exclusión del régimen especial de las reestructuraciones societarias:

*«En el presente supuesto la recurrente no ha logrado acreditar que la escisión acometida por la entidad mercantil (...) S.L. se llevó a cabo por motivos económicos válidos, entre los que se pueden encontrar aquellos relacionados con finalidades de reestructuración empresarial, reorganización de los activos u otras que presupongan el ejercicio de la industria o del comercio por parte de la sociedad escindida y, además, por cada una de las sociedades resultantes o beneficiarias de la escisión.*

*Tal y como hace notar la resolución del TEAC, la recurrente considera que la reestructuración empresarial llevada a cabo a través de la escisión parcial, al separar los inmuebles productores de rentas de arrendamiento de (...) que iba a iniciar una promoción inmobiliaria sobre el solar de la calle (...) de Valencia, prácticamente su único activo tras la escisión, constituye motivo económico válido suficiente para acogerse al régimen especial. Añade que de este modo podría darse entrada a nuevos socios en la actividad de promoción inmobiliaria.*

*Sin embargo, la Inspección puso de relieve en este punto que el solar de la calle Chera pertenecía desde antiguo a (...), que ésta no había realizado actividad alguna de promoción inmobiliaria sobre dicho solar, ni actividad de este tipo sobre ningún otro desde hacía mucho tiempo ( la recurrente afirma haber realizado una promoción en 1981). Y destaca el hecho de que seis meses después de la escisión los socios de (...) vendieran parte de sus participaciones en ésta y el 27-9-01 se vendieran por los mismos las restantes participaciones en esa sociedad, con nula tributación en sus IRPF por aplicación de los coeficientes reductores de la Disposición Transitoria Novena de la Ley 40/98.*

*La recurrente incluye en el motivo económico que considera válido la primera venta de participaciones de (...) y respecto de la segunda señala que se produjo por el normal devenir de los negocios, aludiendo en términos genéricos a unas supuestas desavenencias entre socios.*

*Tales alegaciones no desvirtúan el hecho de que la escisión parcial llevada a cabo desembocara de hecho en la venta del activo aislado en (...) a través de la enajenación de las participaciones de ésta y todo ello en el transcurso de un año a contar desde la escritura pública de escisión de 30-10-00.*

*Pues bien, cuando la escisión tiene por objeto último la venta de una o todas de las sociedades involucradas en la operación, la reorganización realizada no constituye un motivo económico válido a efectos de la aplicación del régimen especial, frente a lo que ocurrida si la reestructuración se llevara a cabo para proseguir con los negocios y mejorar su rendimiento» (Fundamento de Derecho 5º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO SIMILAR:

STS de 24 de mayo de 2012 (Recurso 2233/2010, Fundamento de Derecho 4º), si bien en este caso la operación de escisión parcial, con resultado similar, consistió en transferir un edificio a la entidad beneficiaria de la escisión (en lugar de reservarse la escindida el inmueble segregando en las beneficiarias el resto del patrimonio).

La STS de 23 de abril de 2015 (Recurso 3946/2012) añade una reflexión, al afirmar que en los supuestos de escisión parcial el diferimiento del gravamen por sí solo constituye una ventaja fiscal directa, llegando a calificar la hipótesis como exención:

*«[La no sujeción de la plusvalía en los supuestos de escisión parcial] no responde, como en el caso de la escisión total, a la consecuencia lógica de un fenómeno de subrogación jurídica y de no realización de plusvalías. La determinación legal de que los bienes y derechos se contabilicen por el valor que tenían es un mecanismo para evitar que tributen unas plusvalías que sí se han puesto de manifiesto, como ocurre en todo fenómeno traslativo a título oneroso. Se trata de una técnica para hacer efectivo un auténtico incentivo fiscal, que debe entenderse como "medida de apoyo o estímulo instrumental", a través de la desgravación o exoneración del tributo» (Fundamento de Derecho 4º).*

No obstante, en este caso el Tribunal ni siquiera entra a valorar si concurría un motivo económico válido, pues considera que el régimen especial no resulta aplicable, ya que el patrimonio segregado no constituía una rama

de actividad, requisito necesario para la aplicación del régimen en los casos de escisión parcial.

*VI.2.4. Conjunción de operaciones de fusión y escisión tendentes a la segregación patrimonial y venta posterior de participaciones pactada en acuerdo previo (IRPF/IS)*

STS de 9 de marzo de 2016 (Recurso 891/2014)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Tras una operación de fusión, combinada con una escisión total y otras fusiones posteriores, varias personas físicas quedan como titulares de una de las entidades resultantes, con carácter previo a la transmisión del bloque patrimonial segregado en ella.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

De acuerdo con el criterio de la Inspección, las operaciones societarias celebradas carecen de motivo económico válido, persiguiendo exclusivamente la aplicación de la ventaja fiscal derivada de combinar la aplicación del régimen especial de las reestructuraciones con la aplicación de los coeficientes de abatimiento en el IRPF.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo confirma la exclusión del régimen especial, subrayando que los interesados no han aportado prueba alguna sobre la inexistencia de la ventaja fiscal derivada del conjunto de operaciones:

*«Es evidente que el acuerdo aquí controvertido no cumplía la condición de proporcionalidad entre lo atribuido y lo aportado a que los textos legales se refieren. La justificación que ofrece a estos efectos la parte recurrente: en el sentido de que la proporción establecida deriva de acuerdos celebrados con terceros es insuficiente. Contrariamente, tal aserto es una prueba explícita de esa ausencia de proporcionalidad y el hecho de que fuera aprobada por todos los intervinientes no prueba nada sobre su bondad. La Administración no está obligada a pasar por tal manifestación por el hecho de que todos los intervinientes la hayan avalado si no se acredita, lo que no se ha hecho, que la citada valoración se ajusta a la realidad, y a la proporcionalidad legalmente exigida.*

*La ventaja fiscal que los coeficientes de abatimiento tienen para las personas físicas, y el claro beneficio que para ellas su aplicación representa, con respecto al régimen societario, no puede ser desmontada con afirmaciones genéricas en lo referente a las personas físicas y con apelaciones abstractas sobre las eventuales ventajas que en ciertas circunstancias el Impuesto de Sociedades puede tener sobre el de la Renta.*

*Efectivamente, las elucubraciones teóricas sobre los coeficientes de abatimiento que la*

*parte hace podían fácilmente haber sido contradichas mediante la prueba posible y hacedora de que en el caso concreto aquí contemplado la aplicación de los invocados coeficientes de abatimiento no habían tenido lugar. Esta prueba no ha sido intentada.*

*Por lo que hace a la contraposición, Impuesto sobre la Renta-Impuesto de Sociedades, y los hipotéticos beneficios que de la aplicación de este se pueden derivar, no hay que negar la razón que le asiste al recurrente desde un plano abstracto y teórico. Lo que sucede es que esa hipotética aplicación del Impuesto de Sociedades es imposible para los transmitentes desde el momento en que estos enajenaron sus participaciones en las entidades objeto de fusión y escisión. La alegación del recurrente, se convierte así en un ejercicio puramente teórico, sin ninguna relevancia práctica y que no desvirtúa la ventaja fiscal esencial que con la pretendida reorganización se buscaba, y a la que antes se ha aludido.*

*Todo lo dicho corrobora que la operación analizada se dirigía a la evasión fiscal» (Fundamento de Derecho 7º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 20 de octubre de 2015 (Recurso 883/2014, Fundamento de Derecho 7º), 7 de marzo de 2016 (Recurso 1414/2014, Fundamento de Derecho 2º), de 11 de mayo de 2016 (Recurso 2157/2014, Fundamento de Derecho 2º), de 19 de mayo de 2016 (Recurso 68/2015, Fundamento de Derecho 4º.3).

#### *VI.2.5. Adquisición de sociedad con pérdidas pendientes de compensación y posterior fusión con entidad perteneciente al mismo socio persona física (IRPF/IS)*

STS de 23 de junio de 2012 (Recurso 3281/2009)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una persona física adquiere la totalidad de las participaciones en una sociedad que mantiene pérdidas pendientes de compensación en su IS. Con posterioridad se procede a la fusión de dicha entidad al ser absorbida por otra sociedad perteneciente al mismo socio. Como resultado de esta fusión no se produce el gravamen de las plusvalías latentes, al considerarse aplicable por los sujetos pasivos el régimen especial de fusiones en el IS e IRPF.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

El órgano de inspección considera que el negocio de fusión no puede ser explicado de manera satisfactoria desde la perspectiva económica y organizativa, concluyendo que su única finalidad era aplicar las ventajas fiscales derivadas de la adquisición de una sociedad con importantes pérdidas pendientes de compensar. Por tanto, se excluye la aplicación del régimen especial.



## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Se respalda por el Tribunal Supremo la calificación administrativa, al considerar que los hechos ponen de relieve la inexistencia de una razón de reestructuración empresarial, evidenciándose por el contrario la presencia de un motivo puramente fiscal consistente en la compensación de pérdidas correspondientes a la sociedad absorbida:

*«El análisis de las circunstancias concurrentes avala razonablemente la tesis de la sentencia recurrida en cuanto que pone de manifiesto que en la controvertida operación de fusión no responde a la existencia de un motivo de reestructuración empresarial que justificara la misma, sino meramente fiscal: la posibilidad de obtener un beneficio de esta naturaleza.*

*A esta conclusión contribuye con aceptable lógica el análisis de las situaciones existentes en la operación de fusión societaria llevada a cabo, tales como que con anterioridad a dicha fusión, el Sr. (...) adquiriera una sociedad con importantes pérdidas pendientes de compensar, que además estaba inactiva, para posteriormente fusionarla con otra Sociedad, teniendo en cuenta que los objetos sociales de ambas eran diferentes -una dedicada al negocio textil y la otra a la deshidratación de alfalfa-, lo que revelaba, a juicio de la Sala de instancia, que la operación primero de adquisición y posterior de fusión por absorción carecía de una explicación lógica, "desde el punto de vista económico y organizativo, dado que la entidad no pertenecía al sector en el que operaba el adquirente, ni en principio podía aportar ninguna ventaja en orden a la mejor gestión u organización, salvo las pérdidas que acumulaba.", lo que le permitió concluir que la finalidad de dichos negocios jurídicos no tenían finalidad económica alguna sino puramente fiscal» (Fundamento de Derecho 6º).*

## OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 7 de junio de 2012 (Recurso 2660/2009, Fundamento de Derecho 4º), de 16 de enero de 2014 (Recurso 390/2011, Fundamento de Derecho 3º), de 23 de octubre de 2014 (Recurso 4178/2012, Fundamento de Derecho 3º), de 26 de octubre de 2015 (Recurso 3455/2013, Fundamento de Derecho 2º).

### *VI.2.6. Transmisión de una sociedad española, perteneciente a un grupo multinacional, a través de una sociedad constituida al efecto y su fusión posterior con aquélla (IS)*

STS de 28 de junio de 2013 (Recurso 1186/2011)

## BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Con objeto de transmitir entre dos grupos multinacionales una sociedad española, titular en España de la actividad del grupo vendedor, se constituye en España por un intermediario una sociedad que, tras ser transmitida al

grupo comprador, se hace con la sociedad española que se pretendía adquirir. Acto seguido, se aborda la fusión de ambas mediante disolución sin liquidación de esta última y la cesión de todos sus activos y pasivos a la sociedad titular de todas sus acciones. Los sujetos pasivos aplican a la operación el régimen especial de las reestructuraciones societarias.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Administración estima que no se ha acreditado por los sujetos pasivos la concurrencia de motivos económicos válidos, por lo que rechaza la aplicación del régimen especial.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda el criterio administrativo, insistiendo en la necesidad de que sea el sujeto pasivo quien aporte la prueba del motivo económico válido. Por otra parte, el Tribunal introduce, en obiter dictum, una afirmación que podría tener relevancia negativa en la resolución de las controversias que origina este régimen si llegara a confirmarse (lo que, por ahora, no parece haber ocurrido): con independencia de si existió o no una ventaja fiscal -dice la sentencia-, la ausencia de motivo económico válido conlleva la exclusión del régimen especial -lo que evidencia **cierta contradicción con la STS de 27 de mayo de 2013 (Recurso 1668/2011)-:**

*«La primera y última de las alegaciones anteriores deben rechazarse por la propia jurisprudencia que acaba de reseñarse en el anterior motivo, de la que puede extraerse sin dificultad, la aplicación del derecho comunitario al derecho interno de los Estados miembros. Pero es que además, la propia sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico Quinto, si bien, en primer lugar se refiere a esa inexistencia de motivos económicos válidos, considera, también la inactividad probatoria del recurrente, en orden a acreditar que la finalidad de la operación "no obedeció de forma primordial, a finalidades de fraude o evasión fiscal".*

*La segunda de las alegaciones también debe rechazarse, pues si bien, la Sala de instancia reconoce que hubo ciertos beneficios, los considera como inherentes a toda concentración de unidades empresariales, mientras que respecto de la verdadera operación de cesión de activos y pasivos, que es la fiscalmente relevante, a la hora de aplicar el régimen del Capítulo VIII, del Título VIII de la LIS, no se justifica la existencia de esos motivos económicos válidos» (Fundamento de Derecho 3º).*

*«Sentado en la jurisprudencia mencionada la necesidad de que la operación responda a motivos económicos válidos, es obvio que la prueba de esos motivos corresponde al sujeto pasivo, que es quien pretende la aplicación de un régimen especial para la cesión realizada, y ello se deriva de un simple lectura del artículo 114 de la Ley General Tributaria, pues es él el que pretende hacer valer su derecho al mencionado régimen» (Fundamento de Derecho 4º).*

*«No se trata de hacer derivar el fraude de la inexistencia de motivos económicos válidos,*

*sino de acreditar directamente estos últimos, y esto no se ha logrado en el presente caso, en referencia, no a las operaciones precedentes a la cesión de activos y pasivos, sino en relación con esta última, que es la que ha dado lugar a la regularización. En fin, el negocio podrá ser válido conforme a las reglas de derecho mercantil, pero ello no supone por sí mismo que se le puede aplicar el régimen de diferimiento pretendido» (Fundamento de Derecho 5º).*

*«Se está en presencia de una cuestión no abordada en la sentencia, por lo que debió ser denunciada a través de la letra c) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional. En cualquier caso, al margen de la obtención o no de una ventaja fiscal, la ausencia de motivos económicos válidos, produce, conforme anteriormente se ha razonado, la inaplicación del régimen especial» (Fundamento de Derecho 6º).*

#### *VI.2.7. Aportación no dineraria de participación social para la ampliación de capital de una entidad, con aplicación del régimen especial de reestructuración (IS)*

STS de 25 de mayo de 2012 (Recurso 3944/2009)

##### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Dos cónyuges son titulares al 50 por 100 de una sociedad titular de actividad económica. Se constituyen dos nuevas sociedades, suscribiendo cada cónyuge la totalidad del capital de una de ellas. Más tarde, ambos cónyuges aportan a las respectivas sociedades constituidas, mediante ampliación de capital, su 50 por 100 de participación en la primera de las sociedades referidas, cuyo capital queda así repartido entre las dos sociedades de nueva constitución (cada una perteneciente al 100 por 100 a uno de los cónyuges). Los interesados aplican el régimen especial de las reestructuraciones societarias a la operación de aportación no dineraria.

##### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección tributaria estima que la operación no perseguía ningún motivo económico válido, pues el objetivo verdaderamente buscado fue "retirar separadamente cada uno de los socios los excedentes empresariales derivados de los importantes beneficios" generados por la entidad que ambos participaban al 50 por 100. Con ese propósito se opta por la alternativa fiscalmente más favorable "y exclusivamente por dicho motivo, sin que quepa admitir que las diferencias de criterio en presuntas inversiones representen motivos económicos válidos" (Véase Fundamento de Derecho 1º).

##### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo considera que, en el marco de aplicación de la cláu-

sula antiabuso, las consideraciones de la sentencia de instancia (concordantes con la Inspección) fueron suficientes para concluir que la finalidad de la operación era el fraude o la evasión, por ausencia de motivo económico válido:

*«[S]in duda es esta naturaleza presuntiva la que debe darse a la norma, a la vista de la posición de la Directiva comunitaria, lo que trae la consecuencia de que ha de ser el examen pormenorizado de cada caso el que permita determinar si, efectivamente, la ausencia de un motivo económico válido permite aceptar la conclusión de un objetivo de evasión o fraude fiscal y denegar por eso la aplicación del régimen específico.*

*Pero es que resulta que esto es precisamente lo que ha realizado la sentencia impugnada, que en su fundamento de derecho cuarto acomete la sólida argumentación que le lleva a considerar directamente probado que no mediaba en lo actuado por las recurrentes motivo económico alguno válido que no fuese la mera evasión fiscal (...).*

*Ciertamente, el sentido tanto de la Directiva como del artículo 110 de nuestra Ley es el de dar un valor enunciativo y no exhaustivo a los supuestos de "reestructuración o la racionalización de las actividades societarias que participen en la operación", pero sin que esto excluya que, efectivamente, sea la naturaleza propia de estas actividades de las sociedades que participen en la operación", pero sin que esto excluya que, efectivamente, sea la naturaleza propia de estas actividades la condicionante del beneficio fiscal, en cuanto que ha de ser ellas las receptoras de la mejora estructural y racionalizadora, siendo este hecho el que se niega terminantemente en la sentencia impugnada y el que justifica que nuestro pronunciamiento sea confirmatorio de la misma» (Fundamento de Derecho 3º).*

OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 14 de septiembre de 2012 (Recurso 5080/2009, Fundamento de Derecho 4º).

### VI.3. APRECIACIÓN DE UNA FINALIDAD PREPONDERANTEMENTE FISCAL (1):

El **propósito fiscal** de la operación **debe apreciarse a la vista del conjunto** de efectos de las operaciones llevadas a cabo. Las **actuaciones previas, coetáneas y posteriores** a la operación de reestructuración, son elementos decisivos para apreciar la ausencia de motivo económico válido.

*VI.3.1. Escisión total, seguida de escisión parcial y operaciones posteriores de fusión, cuyo conjunto determina la atribución de un bloque patrimonial a uno de los socios (IS)*

STS de 18 de noviembre de 2013 (Recurso 654/2012)

BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad titular de numerosas parcelas incluidas en un proyecto de

urbanización acomete su escisión total, con atribución de su activo en sendos bloques a dos entidades beneficiarias, cuyas participaciones se atribuyen en su totalidad a la entidad socia única de la escindida. A continuación, dicha socia única se escinde parcialmente, atribuyéndose una de las sociedades beneficiarias de la anterior escisión a uno de sus dos grupos de socios, que adquiere la titularidad directa de las parcelas correspondientes, mediante sendas operaciones de fusión, y las transmite a terceros dos meses después.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección tributaria estimó que, consideradas en su conjunto, las operaciones societarias llevadas a cabo tenían como único propósito la división del patrimonio social para la separación de uno de los socios, al que finalmente se lograba de ese modo transmitir una parte del conjunto de parcelas pertenecientes a la sociedad original, cuya transmisión a terceros llevó a efecto dos meses más tarde. En consecuencia, se excluye la aplicación del régimen especial de reestructuraciones societarias y se someten a gravamen la totalidad de las plusvalías puestas de manifiesto en la primera operación de escisión.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda el criterio administrativo, al entender que la sentencia de instancia razonó de manera consistente su apreciación de que el propósito principal del conjunto de operaciones fue la obtención de una ventaja fiscal:

*«Siendo así, nada hay en el recurso que permita calificar de jurídicamente incorrecta la decisión de los jueces de la instancia de abordar el análisis del conjunto de las operaciones (escisiones total y parcial y fusiones por absorción) llevadas a cabo por el grupo empresarial en un muy corto lapso temporal, de escasamente un mes. Se ha de recordar que en la indagación sobre la existencia de motivos económicos válidos en la operación de reestructuración empresarial, que permitan descartar que su finalidad principal fuera el fraude o la evasión fiscal, han de considerarse, como hemos dejado sentado en las sentencias de 14 de mayo de 2012 (casación 2144/10, FJ 3º) y 18 de junio de 2012 (casación 5352/09, FJ 3º), las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la operación de reestructuración examinada, porque, en otro caso, no se estaría efectuando un verdadero examen global de la misma, como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y así lo ha hecho la Sala de instancia. En los fundamentos jurídicos noveno y décimo de su sentencia deja amplia y motivada constancia de las razones que en su ánimo condujeron a la conclusión de que las distintas operaciones analizadas no perseguían reestructurar el grupo empresarial y salir del impasse provocado por las disidencias entre los grupos de socios, sino, antes bien, la obtención de los beneficios derivados de la aplicación del régimen especial de la Ley 43/1995, consiguiendo una revalorización contable de los activos (las parcelas del sector ...) sin tributar por las plusvalías obtenidas. Podríamos reproducir aquí nuevamente (lo hemos hecho en el an-*

*tedecente primero) los atinados y muy bien cimentados razonamientos desgranados por los jueces a quo en los fundamentos noveno y décimo de la sentencia recurrida, pero por no alargar aún más el texto de este pronunciamiento nos remitimos a su contenido, del que se infiere que todo el entramado descrito en el primer fundamento de esta sentencia tuvo como único resultado la obtención de esa ventaja fiscal, sin que se atisbe, en la fundamentada conclusión fáctica de la Audiencia Nacional, no revisable en esta casación por lo ya dicho, un designio económico válido de reestructuración empresarial.*

*Y llegados a esta conclusión, resulta necesario precisar (único aspecto estrictamente jurídico de la queja casacional en este punto) que la obtención exclusiva de esa ventaja fiscal constituye razón más que suficiente para concluir que el proceso de reestructuración analizado carecía de un motivo económico válido. Se ha de recordar que una operación de reestructuración basada en diversos objetivos, entre ellos los de naturaleza fiscal, puede haberse realizado por motivos económicos válidos, pero si estos últimos no son los preponderantes, como sucede en este caso según las inferencias fácticas obtenidas por los jueces de la instancia, resulta legítimo concluir en la ausencia de aquellos motivos (véanse los apartados 35 y 37 de la sentencia Foggia, ya citada)» (Fundamento de Derecho 4º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 26 de septiembre de 2014 (Recurso 844/2012, Fundamento de Derecho 5º).

#### OTRAS SITUACIONES EN LAS QUE, SIGUIENDO ESTA PAUTA, EL TRIBUNAL SUPREMO RESPALDÓ O CONFIRMÓ LA INEXISTENCIA DE MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS Y, POR CONSIGUIENTE, LA EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL:

SSTS de 8 de marzo de 2012 (Recurso 3777/2008, Fundamento de Derecho 4º.4) y de 24 de enero de 2013 (recurso de casación 1847/2010, Fundamento de Derecho 4º.4): **escisión total subjetiva**, a través de la cual se transfiere un inmueble a una de las sociedades beneficiarias, procediéndose a continuación a la venta de sus participaciones.

STS de 26 de abril de 2012 (Recurso 126/2009, Fundamento de Derecho 4º): **fusión impropia** precedida de la compra de las participaciones de la sociedad absorbida, con la única finalidad de que la absorbente obtuviera la titularidad del inmueble que constituía el único patrimonio de aquélla, en lugar de haber procedido a la compra directa del inmueble.

STS de 15 de abril de 2013 (Recurso 3010/2011, Fundamento de Derecho 4º): actuaciones posteriores a la **escisión total subjetiva** que supusieron la transmisión más o menos inmediata de las participaciones correspondientes a la sociedad adquirente de un inmueble cuya titularidad material se habría logrado transmitir de ese modo por la sociedad escindida sin tributación alguna por su parte.

STS de 23 de enero de 2014 (Recurso 3834/2011, Fundamento de Derecho 7º): se constata que la operación de **escisión total** se había realizado con objeto de separar los inmuebles integrantes de un patrimonio familiar para su enajenación posterior, logrando su venta individualizada mediante la transmisión por los socios de las participaciones recibidas en las sociedades adquirentes.

STS de 4 de julio de 2014 (Recurso 725/2012, Fundamento de Derecho 3º): la **operación de fusión** vino acompañada de otras actuaciones que, en su conjunto, no tenían como fin último la reestructuración social sino la venta de un inmueble concreto a terceros disfrutando beneficios fiscales que no hubieran podido obtenerse mediante su venta directa sin mediar la fusión.

STS de 19 de febrero de 2015 (Recurso 647/2013, Fundamento de Derecho 4º): **aportación no dineraria especial**, donde se tiene en cuenta «la efímera estancia» de los inmuebles en la sociedad a la que habían sido aportados, así como «la sucesión de acontecimientos» posteriores, con los que se pretendía obtener los efectos propios de una escisión parcial, eludiendo el requisito de que el patrimonio segregado constituyera rama de actividad.

SSTS de 13 de octubre de 2016 (Recurso 1408/2015, Fundamento de Derecho 3º, y 1419/2015, Fundamento de Derecho 3º): **escisión total subjetiva** con el resultado de colocar los inmuebles de la entidad escindida en una de las beneficiarias, y los elementos de la explotación económica en la otra, para la transmisión posterior de esta última.

#### VI.4. APRECIACIÓN DE UNA FINALIDAD PREPONDERANTEMENTE FISCAL (2):

**No cabe apreciar** que la **finalidad** es **preponderantemente fiscal** si los **hechos posteriores desmienten** esa conclusión. Las **actuaciones previas, coetáneas y posteriores** a la operación de reestructuración, son elementos decisivos para valorar sus verdaderos motivos.

##### VI.4.1. *Escisión parcial con aportación de inmuebles a las entidades beneficiarias de la escisión (IS)*

STS de 14 de mayo de 2012 (Recurso 2144/2010)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad acuerda su escisión parcial, mediante la creación de dos



nuevas entidades a las que se transfieren como beneficiarias sendos terrenos. En uno de ellos, la beneficiaria construye y explota un hotel. En el otro terreno no se ha llevado a cabo actuación promotora alguna en el momento de llevarse a cabo la comprobación administrativa.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección estima que la escisión carece de motivo económico válido, siendo su único objetivo la segregación de uno de los inmuebles para llevar a cabo su transmisión posterior. En consecuencia, se declara inaplicable el régimen especial.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Lo más relevante de esta sentencia es que el Tribunal Supremo otorga una importancia decisiva a las circunstancias que rodean la operación (anteriores, coetáneas y posteriores), llegando a la conclusión de que la finalidad preponderantemente fiscal que aprecia la Inspección queda desvirtuada a la vista de tales circunstancias:

*«[L]a Sala de instancia no ignora los comentarios de la Inspección sobre la ausencia de motivos económicos válidos para la operación de reestructuración empresarial realizada, otra cosa es que no los comparta, como desvela la lectura del siguiente pasaje del fundamento quinto de la sentencia recurrida: "La endeble construcción de las resoluciones recurridas en punto a la negativa del motivo económico válido se pone de manifiesto cuando se constata que la "verdadera finalidad" de la escisión (la venta ulterior del inmueble, según reitera la Inspección) se ha revelado como inexistente".*

*[...] [L]a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [...] demanda un examen global de la operación, sin que la posible inactividad de la sociedad escindida (confróntense los apartados 37 y 38 de la citada sentencia Foggia) o el hecho de que ésta y las que recibieron sus bienes tengan el mismo administrador, domicilio social y socios sean suficientes per se (no otra cosa se desprende al respecto del apartado 48 de la sentencia Leur-Bloem) para negar el derecho a la aplicación del régimen especial examinado, como atinadamente sostiene la Sala de instancia» (Fundamento de Derecho 3º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN SENTIDO SIMILAR:

Resalta especialmente la importancia de atender a las circunstancias "anteriores, coetáneas y posteriores" la STS de 18 de junio de 2012 (Recurso 5352/2009, Fundamento de Derecho 3º).

La STS de 30 de enero de 2014 (Recurso 2577/2011, Fundamento de Derecho 3º) respalda el criterio de la Audiencia Nacional, que atendiendo al conjunto de operaciones celebradas, había apreciado la concurrencia de motivo económico válido.

## VI.5. EL RÉGIMEN ESPECIAL NO ES INCOMPATIBLE CON LA OBTENCIÓN DE UNA VENTAJA FISCAL:

La obtención de una ventaja fiscal, en el ejercicio de una **legítima economía de opción, no produce la exclusión del régimen** especial de reestructuración. La apreciación de esta circunstancia exige un análisis objetivo de cada caso, con el fin de determinar si la actuación del sujeto pasivo responde al mero propósito de lograr una ventaja fiscal o está guiada por un motivo económico relevante.

### *VI.5.1. Escisión parcial de una sociedad perteneciente a dos cónyuges y liquidación posterior del patrimonio ganancial atribuyéndose a cada cónyuge una de las dos sociedades resultantes de la escisión (IS)*

STS de 14 de octubre de 2015 (Recurso 3392/2013)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Dos cónyuges son titulares de una entidad, cuyos activos principales son dos ramas negociales, correspondientes a una actividad empresarial franquiciada y a un negocio de arrendamiento de inmuebles. Mediante la escisión parcial de la entidad se atribuyen los activos del negocio inmobiliario a una sociedad de nueva creación, repartiéndose sus participaciones entre ambos cónyuges. Con posterioridad, al liquidarse la comunidad de gananciales, cada cónyuge recibe las participaciones de una de las entidades resultantes de la escisión.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección tributaria considera que la escisión llevada a cabo carecía de motivo económico válido, teniendo como único objetivo el reparto del patrimonio social (las dos ramas negociales) entre ambos cónyuges, eludiendo la tributación que hubiera correspondido en el IS de haberse procedido a la liquidación y disolución de la sociedad. Por consiguiente, se rechaza la aplicación del régimen especial de reestructuraciones societarias.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Frente al recurso del Abogado del Estado, el Tribunal respalda la decisión de la sentencia de instancia, donde se dio la razón a los sujetos pasivos, apreciándose la existencia de motivo económico válido, rechazando que la valoración

de la prueba a tal efecto pueda ser discutida en casación. Adicionalmente el Tribunal Supremo afirma la legitimidad de organizar los negocios de la forma fiscalmente más ventajosa (economía de opción), posibilidad que en el caso concreto identifica con la existencia de un motivo económico válido:

*«Se diferencia de la cláusula general antielusión, actual artº 15 de la LGT, una cláusula específica respecto del supuesto concreto que nos ocupa en los términos que se recoge normativamente, artº 110.2 de la LIS, que se hace girar sobre los motivos económicos válidos cuya ausencia determina la imposibilidad de acogerse al régimen especial, pero también en esta se reconoce elementos objetivos y elementos subjetivos, "mera finalidad de obtener una ventaja fiscal", lo cual ha de resultar del conjunto de circunstancias de cada caso en concreto, puesto que en estos supuestos es común una indeterminación natural que siempre va a ser preciso despejar, pues no es siempre fácil identificar en el entramado operacional llevado a cabo la existencia de motivos económicos válidos, lo que exige un análisis objetivo por la Administración de todas las circunstancias concurrentes dirigida a determinar si hubo o no abuso, pues es a partir de dicho análisis objetivos de los elementos concurrentes cuando es posible despejar si la operación ha tenido por finalidad obtener una ventaja fiscal.*

*Como se ha resaltado en otras ocasiones por este Tribunal, resulta absolutamente legítima la economía de opción como ejercicio de las libertades fundamentales que se manifiesta en que los contribuyentes puedan optar por organizar sus operaciones de la forma más ventajosa fiscalmente; y que en el caso que nos ocupa se concretaría en que la operación llevada a cabo se ha realizado por un motivo económico válido» (Fundamento de Derecho 2º).*

## VI.6. APLICACIÓN PARCIAL DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO:

Es admisible como hipótesis que, en atención al **principio de proporcionalidad**, la **exclusión** del régimen especial **se limite a una parte de las operaciones** societarias realizadas; sin embargo, la exclusión debe ser total si el examen global de la operativa seguida pone de manifiesto que el conjunto negocial responde a una unidad de propósito.

### VI.6.1. Escisión total, seguida de escisión parcial y operaciones posteriores de fusión, cuyo conjunto determina la atribución de un bloque patrimonial de la entidad original a uno de los socios (IS)

STS de 18 de noviembre de 2013 (Recurso 654/2012)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad titular de numerosas parcelas incluidas en un proyecto de urbanización acomete su escisión total, con atribución de su activo en sendos bloques a dos entidades beneficiarias, cuyas participaciones se atribuyen en su totalidad a la entidad socia única de la escindida. A continuación, dicha

socia única se escinde parcialmente, atribuyéndose una de las sociedades beneficiarias de la anterior escisión a uno de sus dos grupos de socios, que adquiere la titularidad directa de las parcelas correspondientes, mediante sendas operaciones de fusión, y las transmite a terceros dos meses después.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección tributaria estimó que, consideradas en su conjunto, las operaciones societarias llevadas a cabo tenían como único propósito la división del patrimonio social para la separación de uno de los socios, al que finalmente se lograba de ese modo transmitir una parte del conjunto de parcelas pertenecientes a la sociedad original, cuya transmisión a terceros llevó a efecto dos meses más tarde. En consecuencia, se excluye la aplicación del régimen especial de reestructuraciones societarias y se someten a gravamen la totalidad de las plusvalías puestas de manifiesto en la primera operación de escisión.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda el criterio administrativo, al entender que la sentencia de instancia razonó de manera consistente su apreciación de que el propósito principal del conjunto de operaciones fue la obtención de una ventaja fiscal. Se acepta como hipótesis la posibilidad de limitar la exclusión del régimen especial a la parte de las operaciones que materialice el propósito elusivo (en atención al principio de proporcionalidad), pero se rechaza que así pueda hacerse en este caso concreto, a la vista de la unidad de propósito del conjunto de operaciones llevadas a cabo:

*«Consideran [los recurrentes] que, si como sostiene la Administración, en las operaciones litigiosas se evidencia que uno de los socios deseaba finalizar la actividad de (...), liquidarla y repartirse el haber social, lo que llevaba a la disolución de la compañía, objetivo no amparado, según la Inspección, por el régimen especial, pues no puede dar cobijo a operaciones de separación de socios en los que ningún beneficio económico obtiene la entidad abandonada, el resultado ineludible en virtud del principio de proporcionalidad sería la exclusión sólo parcial del régimen especial, como autoriza la mencionada resolución de la Dirección General de Tributos.*

*Nada impide, efectivamente, la inaplicación parcial del repetido régimen especial, ni en la letra ni en el espíritu de la Directiva. Aún más, lo impone la operatividad del principio de proporcionalidad, como subrayó el Tribunal de Justicia en la sentencia Leur- Bloem y admite la Dirección General de Tributos. Ocorre, sin embargo, que las recurrentes parten de una premisa, a juicio de esta Sala, equivocada y que desconoce la perspectiva adoptada por la Audiencia Nacional, eludiendo un análisis global de las operaciones de reestructuración empresarial descrita en el primer fundamento de esta sentencia y abordándolas como si de actuaciones aisladas se tratase, sin ningún vínculo entre ellas.*

(...)

*Este planteamiento desconoce, sin embargo, que la operativa llevada a cabo constituía una unidad de destino, cuyo designio, según han considerado probado los jueces de la instancia, consistía en el reparto del patrimonio empresarial entre los dos grupos de socios evitando: (a) el coste fiscal de la disolución de ESURSA, con su posterior liquidación, que le hubiera obligado, por lo que al impuesto sobre sociedades atañe, a integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los bienes que transmitía y su valor contable, conforme al artículo 15 de la Ley 43/1995, y (b) la no tributación de las plusvalías generadas por la transmisión posterior de las parcelas por las sucesoras de las sociedades beneficiarias de la escisión, con la revaloración contable y fiscal lograda a través de las fusiones por absorción acaecidas, en aplicación del artículo 103.3 de la Ley 43/1995.*

(...)

*Por ello, alcanza todo sentido, una vez concluida la inexistencia de motivos económicos válidos, la exclusión del régimen especial de todas las operaciones de reestructuración diseñadas con el mismo fin» (Fundamento de Derecho 5º).*

## VI.7. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS: LA FINALIDAD DE PROTEGER EL PATRIMONIO SOCIAL

Constituye **motivo económico válido** de una escisión parcial la finalidad de **proteger el patrimonio social** frente a los **riesgos** derivados del ejercicio de **actividades económicas**.

*VI.7.1. Aportaciones no dinerarias a sociedades de nueva creación, seguidas de escisión parcial, aislando en la sociedad beneficiaria el patrimonio ajeno a la actividad de promoción (IS)*

STS de 23 de noviembre de 2016 (Recurso 3742/2015)

### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad que lleva años desarrollando un negocio de arrendamiento de inmuebles decide acometer una nueva actividad de promoción inmobiliaria. A tal efecto, tras obtener un importante préstamo hipotecario, efectúa una aportación no dineraria de su patrimonio no afecto a la actividad de promoción a dos sociedades de nueva constitución. Finalmente procede a su escisión parcial, aportando a una de estas dos nuevas sociedades la totalidad de las participaciones recibidas como consecuencia de las aportaciones no dinerarias. El resultado es la segregación del patrimonio no afecto a la actividad de promoción en una de las sociedades constituidas mediante las aportaciones no dinerarias iniciales. La entidad aplica el régimen especial de las reestructuraciones societarias, no tributando por las plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones referidas.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección tributaria estima que no existe motivo económico válido en la operación, porque no se puede considerar como tal la finalidad de proteger una parte importante del patrimonio social, por ser un objetivo contrario al principio de responsabilidad patrimonial universal. En consecuencia, consideró que las operaciones llevadas a cabo quedaban excluidas del régimen especial.

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Alto Tribunal acepta que la separación del patrimonio social para su protección contra los riesgos de la actividad de promoción constituye motivo económico válido suficiente, por lo que encuentra injustificada en este caso la exclusión del régimen:

*«[C]omo 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, que no concurran motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, "tales como", aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecte con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.*

*En el caso que nos ocupa, es la propia Sala de instancia la que viene a mantener que las operaciones tendentes a la protección del patrimonio encierran un motivo económico válido, pero en lugar de relacionar el supuesto con el fraude o la evasión fiscal y vincularlo con la finalidad perseguida con el régimen de diferimiento, entra a analizar la intención de la parte recurrente en relación con la relevancia civil de la operación y no acepta que estemos ante un motivo económico válido, no porque la operación tenga por finalidad la elusión fiscal, sino porque «implica una elusión de la responsabilidad patrimonial universal prevista en el artículo 1911 del Código Civil». En definitiva, la sentencia debe ser casada y como jueces de instancia, dado que como se ha razonado se ha rechazado que las operaciones tuvieran como objetivo principal la elusión fiscal, resultaba de todo punto legítimo acogerse al expresado régimen especial, por lo que procede acoger la pretensión actora y anular los actos impugnados» (Fundamento de Derecho 3º).*

## VI.8. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS: SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y REDUCCIÓN DE COSTES DE GESTIÓN (1):

La **simplificación** administrativa y la **reducción de costes** de gestión derivadas de una fusión **no son**, por sí solas, **motivos económicos válidos** su-

ficientes para justificar la operación. La concurrencia de motivo económico válido debe valorarse en función del conjunto de las operaciones realizadas.

*VI.8.1. Fusión por absorción tras haber adquirido la absorbente la totalidad del capital de la absorbida mediante préstamo obtenido a tal efecto ("fusión apalancada") [IS]*

STS de 12 de noviembre de 2012 (Recurso 4299/2010)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una sociedad obtiene un préstamo para la compra de la totalidad del capital de otra sociedad. A continuación, se produce la fusión de ambas, mediante la absorción de la sociedad adquirida por la sociedad adquirente, que sucede así a aquélla en la titularidad de todo su patrimonio.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La Inspección considera que la fusión no se realizó por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades, por lo que excluyó la aplicación al supuesto del régimen especial de reestructuraciones societarias.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo respalda el criterio administrativo, recordando que la simplificación administrativa y el ahorro de costes no pueden aceptarse como motivos económicos válidos, pues son inherentes a toda operación de este tipo (invocando la doctrina a estos efectos del TJUE en la sentencia del caso *Foggia*). Tampoco considera que lo sea el hecho de que la fusión fuera una exigencia de la entidad prestamista. En cuanto a la posible inexistencia de ventajas fiscales (lo que hubiera podido excluir también la apreciación de fraude o evasión a estos efectos), el Tribunal afirma que no se razonó suficientemente por la recurrente en la instancia este alegato, por lo que no puede achacarse a la Audiencia Nacional el no haberlo refutado de manera precisa, cosa que no corresponde tampoco hacer en vía casacional:

*«La "fusión apalancada" que aquí se somete a nuestra consideración es una operación consistente en que, primero, una sociedad existente o creada al efecto ("sociedad vehículo" o "holding company", "venture capital company" o "newco") se endeuda para adquirir el control de otra, es decir, realiza una "compra apalancada" o Leveraged Buy Out (LBO), y después la adquirente absorbe a la controlada (sociedad objetivo" "target company"), dando lugar a la que se conoce como fusión hacia delante o "forward leveraged*



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

(...)

Las ventajas que presenta la fusión apalancada frente a la adquisición ordinaria de la "sociedad objetivo" son múltiples: (a) el apalancamiento permite con una inversión reducida tomar el control de una empresa de gran dimensión; (b) la compañía capital riesgo o "private equity" incrementa muy notablemente los beneficios que obtiene del capital invertido; (c) las entidades financiadoras de la compra apalancada consiguen garantizar el cobro de la deuda con los activos de la empresa comprada; (d) la confusión de patrimonios permite que el pago de la deuda se haga por la propia compañía adquirida, evitándose a la adquirente, que no carga con el coste fiscal de los repartos de dividendos por la primera que hubiera necesitado la segunda para hacer frente a la deuda contraída por la operación, y, en fin, (e) la compañía comprada asume el coste financiero, pero rebaja significativamente su carga fiscal, al deducir como gasto los intereses satisfechos por los préstamos y la amortización del fondo de comercio que con la fusión se pone de manifiesto.

A la vista de las anteriores consideraciones, que describen sumariamente las características de la operación litigiosa, no puede negarse que las fusiones apalancadas pueden perseguir objetivos diversos, no solamente fiscales, como, por ejemplo, facilitar la reorganización empresarial; mejorar la gestión del capital empresarial, evitando la sobrecapitalización, o armonizar los intereses de la propiedad y de la gestión.

Deben examinarse pues, caso por caso, cuáles son los objetivos designios perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos. De poco sirve, por consiguiente, alegar que la Dirección General de Tributos haya admitido la existencia de motivos económicos válidos en operaciones similares» (Fundamento de Derecho 3º).

En el caso de autos los motivos económicos que adujo «(...)» son los tres que la Sala de instancia resume en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia impugnada: (i) la simplificación administrativa, (ii) el ahorro de costes y (iii) la exigencia de llevar a término la fusión, en virtud de las obligaciones asumidas por la prestataria (...).

Es indudable que los dos primeros no son suficientes, como se deriva de lo dicho por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los apartados 48 y 49 de la sentencia de 10 de noviembre de 2011, Foggia:

(...)

En cuanto al tercero, más que un motivo económico válido es una consecuencia obligada de la fórmula utilizada (...).

Si tenemos en cuenta la finalidad del régimen especial de neutralidad fiscal [«permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional» (primer considerando de la Directiva 90/434)] y los motivos económicos válidos que, a título de ejemplo, mencionaba en su artículo 11.1.a) («la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación»), no podemos sino coincidir con la Sala de instancia que en el caso enjuiciado no los había, porque el objetivo de la operación diseñada era preponderantemente fiscal» (Fundamento de Derecho 4º).

«Se queja, pues, la entidad recurrente de una falta de concreción por la Audiencia Nacional de las ventajas fiscales que habría obtenido del negocio jurídico analizado, pero, sin embargo, esa ausencia de concreción es consecuencia de la perspectiva argumental que adoptó en la demanda, pues, afirmado por el Tribunal Económico-Administrativo Central, que el efecto económico perseguido por la operación podría haberse alcanzado de otro modo, no atisbándose la presencia de motivos económicos válidos y permitiendo presumir que la meta era obtener las ventajas ofrecidas por el artículo 103.3 de la Ley 43/1995, se limitó a discrepar sin más de esta conclusión, sin realizar el profundo y extenso análisis que ahora presenta en casación y que hubiera demandado de la Sala de instancia una precisión detenida sobre la presencia de aquellas ventajas en respuesta a los argumentos que ahora desgana pero que entonces silenció. Así las cosas, se ha de recordar que no puede alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o con su actitud coadyuva a su producción [véanse, por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 143/2003, de 14 de julio, FJ 4º, y 131/2007, de 4 de junio, FJ 5º].» (Fundamento de Derecho 5º).

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 25 de abril de 2013 (Recurso 5431/2010, Fundamento de Derecho 2º), de 16 de marzo de 2016 (Recurso 1815/2014, Fundamento de Derecho 4º).

### VI.9. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS: SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y REDUCCIÓN DE COSTES DE GESTIÓN (2):

La **simplificación** administrativa y la **reducción de costes** de gestión derivadas de una fusión **no son**, por sí solas, **motivos económicos válidos** suficientes para justificar la operación. Sin embargo, el examen conjunto de las operaciones realizadas puede revelar la concurrencia de motivo económico válido.

#### VI.9.1. *Sociedad titular del 100 por 100 de otras dos entidades acomete la fusión por absorción de ambas, una de las cuales tenía como único activo un inmueble*

STS de 12 de diciembre de 2013 (Recurso 5463/2011)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad posee el 100 por 100 del capital de otras dos entidades. Los principales activos de las participadas son, respectivamente, un inmueble y bases imponibles negativas pendientes de compensación. Tras la fusión por absorción, con disolución de las participadas, la sociedad absorbente queda como titular de todos los activos de las entidades absorbidas.

## CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección consideró que la operación de fusión carecía de motivo económico válido, por lo que excluyó la aplicación del régimen especial de reestructuraciones societarias.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Frente al recurso del Abogado del Estado, el Tribunal Supremo respalda el criterio de la Audiencia Nacional, que había estimado las razones del sujeto pasivo, considerando que la fusión obedeció a motivos económicos válidos (no obstante, la confirmación de este criterio por el Tribunal Supremo se limita a la fusión con una de las dos entidades absorbidas, pues respecto de la otra el asunto no alcanzaba la cuantía necesaria para pronunciarse en casación). Aunque la reducción de costes, inherente a toda operación de fusión, no constituye por sí sola un motivo económico válido, el examen global de la operación llevada a cabo por la Audiencia Nacional, llevó a dicho órgano a estimar razonablemente que en este caso sí concurría dicho motivo:

*«Pues bien si la reducción de costes y simplificación de estructuras societarias fuera la única razón que diera la sentencia impugnada para afirmar la existencia de motivo económico válido, deberíamos estimar el motivo en ejercicio de nuestra competencia para integrar los conceptos jurídicos indeterminados, como es el que ahora nos ocupa, con aplicación de la doctrina del T.J.U.E a que hemos hecho referencia con anterioridad.*

*Sin embargo, no ocurre así, sino que la sentencia impugnada se apoya para llegar al fallo estimatorio en el hecho de que antes de la fusión, la absorbente poseía el 100 por 100 del capital de las absorbidas, lo que indudablemente da un diferente y mayor significado a las circunstancias de reducción de costes y simplificación de estructuras, así como a las de tenencia de bienes y existencia de pérdidas, pues no en balde nos encontramos ante la denominada "fusión impropia", que se tramita a través de un procedimiento abreviado, en el que no es preciso hacer referencia al de canje de acciones o participaciones sociales, no siendo necesarios tampoco necesario el aumento del capital de la absorbente ni los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión ( artículo 250 de Texto Refundido de Ley de Sociedades anónimas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 2 de julio, vigente en el momento de llevarse a cabo la operación).*

*Lo expuesto no pasa desapercibido para la sentencia impugnada al afirmar que " la absorción no ha hecho sino adaptar la forma jurídica a la realidad material subyacente". Y como el Abogado del Estado no combate el dato al que acaba de hacerse referencia y no proporciona tampoco algún otro que nos debiera conducir a conclusión diferente, es por lo que, como se ha anticipado, el motivo no se estima» (Fundamento de Derecho 7º).*

## **VI.10. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS: RAZONES DE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA Y REESTRUCTURACIÓN DEL GRUPO SOCIETARIO:**

No puede aceptarse la existencia de un motivo económico válido cuando la única razón de planificación y reestructuración visible sea lograr, mediante una sociedad instrumental carente de toda actividad económica, reunir el requisito de participación mínima para acogerse al régimen especial.

*VI.10.1. Aportación de participaciones de un grupo a una sociedad de nueva creación, seguida de la fusión por absorción de ésta por la sociedad destinataria última de la aportación (IRPF/IS)*

STS de 1 de junio de 2016 (Recurso 3047/2014)

### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Varias personas físicas y jurídicas, socios de una entidad que a su vez es titular de participaciones en un importante grupo empresarial, desean aportar a la entidad participaciones de dicho grupo poseídas a título individual, con objeto de obtener un puesto en el consejo de administración. Como quiera que algunos de los interesados no están en condiciones de cumplir con el requisito de titularidad mínima del 5 por 100 de la entidad receptora tras la aportación para que ésta se acoja al régimen especial, se constituye una entidad instrumental "puente", a la que se realizan las aportaciones y que luego es absorbida por la entidad destinataria última de la aportación.

### **CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La Inspección rechazó la existencia de motivo económico válido y consideró que la aportación no dineraria debía quedar excluida de la aplicación del régimen especial.

### **SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Administración, al apreciar que la única finalidad de la aportación inicial a la "sociedad puente" era acogerse a la no sujeción de las plusvalías que, de haberse efectuado la aportación directamente a la entidad destinataria, habrían sido objeto de tributación:

*«Sin embargo estos accionistas diseñaron una estrategia para que las plusvalías que aflorarían con ocasión de la transmisión de las acciones (la empresa (...)) había incrementado*

*exponencialmente el valor nominal que sus acciones tuvieron en el momento de su creación a finales de los años 70) tuvieran la menor tributación posible.*

*A tal efecto fijaron su objetivo en intentar acogerse al régimen especial previsto para las fusiones de empresas en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995.*

*El problema era que para acogerse a dicho régimen tenían que cumplir los requisitos establecidos en el art. 108.1 b) LIS para el caso de aportaciones no dinerarias.*

*En concreto, varios de los que pretendían acogerse a dicho beneficios no podían cumplir con el requisito de: " Que una vez realizada la aportación, el sujeto pasivo aportante de este impuesto o el contribuyente del IRPF participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en , al menos, el 5%" (art. 108.1.b).*

*Es entonces cuando surge la idea de crear una " sociedad puente" (...) sin finalidad ni actividad reales algunas, que tenga como mera justificación acogerse indebidamente por partida doble a los beneficios de diferimiento de tributos que supone el beneficio del régimen especial tributario de determinadas fusiones.*

*(...)*

*El esquema básico de la defraudación es simple. El Abogado del Estado en la instancia explicaba el supuesto de hecho planteado de forma muy expresiva: Cada una de las empresas titulares de acciones de (...) se dicen: si aporto mis acciones no llego un 5% en [la sociedad destinataria última de la aportación] y no puedo beneficiarme del beneficio fiscal del diferimiento. Pero si creo, sin ningún motivo económico valido distinto de obtener una ventaja fiscal, una empresa puente lo suficientemente pequeña para que mi aportación llegue al 5% de las acciones de la misma y luego esta empresa -que ha reunido todas las aportaciones- sí puede llegar a tener el 5% de las acciones [de la destinataria última de la aportación] mediante la fusión por absorción. (...)*

*Por todo lo expuesto, resulta de aplicación en este caso el art. 110.2 de la Ley 43/1995, si resuelta acreditado, como aquí sucede, que la operación de fusión no ha tenido motivos económicos válidos sino motivos de oportunidad societaria» (Fundamento de Derecho 4º).*

## **VI.11. CLÁUSULA ANTIABUSO Y RÉGIMEN SANCIONADOR (1):**

La **indebida aplicación del régimen** de neutralidad en las reestructuraciones societarias, por ausencia de motivo económico válido, **excluye en principio la aplicación de sanciones.**

*VI.11.1. Concatenación de operaciones de escisión, resultando que dos entidades participadas por personas físicas son titulares del 100 por 100 de la cartera de valores de un grupo industrial.  
Venta posterior de las entidades (IRPF/IS)*

STS de 3 de julio de 2012 (Recurso 3703/2009)

### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad A (titular de un grupo industrial), participada por la sociedad B y por un grupo de personas físicas, aborda su escisión parcial (acogiéndose al régimen especial de neutralidad). Como resultado de la misma, la sociedad C, de nueva creación (y participada por los mismos socios, es decir, la sociedad B y las personas físicas), recibe la totalidad de los valores del grupo industrial. Seguidamente, la sociedad B acuerda su escisión total (acogiéndose también al régimen de neutralidad), pasando su participación en la sociedad C a la sociedad D, participada por las mismas personas físicas que ya eran socias de C. Como consecuencia de ello, las personas físicas resultan titulares directas de una parte de la sociedad C, e indirectas del resto (a través de su participación en la sociedad D). La venta subsiguiente de toda la participación de las personas físicas en ambas sociedades determina la transferencia del grupo industrial a un tercero, beneficiándose la plusvalía del régimen de coeficientes de abatimiento en el IRPF.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección de la AEAT entiende que el conjunto de operaciones de escisión y venta posterior de participaciones carece de motivos económicos válidos, por lo que rechaza la aplicación del régimen de neutralidad y procede a la regularización correspondiente, imponiendo además una sanción tributaria por infracción grave.

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo respalda la actuación administrativa en cuanto a la exclusión del régimen especial de neutralidad, pero considera que no es posible imponer sanción basada en la ausencia de motivos económicos válidos:

*«Se trata de una cuestión controvertida, que se vio aun mas complicada, no ya solo por la falta de definición específica de los conceptos de fraude y evasión fiscal, sino por las dudas interpretativas que suscitó la redacción anterior a la modificación que sufrió por la ley 14 de 2000, de 29 de Diciembre, al contemplar un único supuesto de exclusión del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones y canje de valores, en el caso de que probara que la operación se realizó principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, a pesar de que la Directiva 90/434/CEE facultaba también a los Estados miembros para incluir en su propio ordenamiento << el hecho de que una de las operaciones contempladas no se efectúa 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 los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal>>».*

*Pues bien, no procede imponer sanción de ningún tipo, como mantiene la recurrente, puesto que así lo quiso el legislador en su regulación contenida en el art. 24 de la antigua Ley General Tributaria, donde prohíbe expresamente la imposición de sanciones tributarias en los supuestos de declaración de fraude de ley.*

*Es más, conviene significar que el propio Tribunal Constitucional, en sentencia 120/2005, de 10 de Mayo, declaró que una conducta en fraude de Ley Tributaria nunca puede dar lugar a una tipicidad por ilícito, ni penal, ni administrativo, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para su declaración.*

*En consecuencia, procede establecer que en los supuestos a que se refería el art. 110.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades, la conducta no puede calificarse como infracción tributaria, por lo que no podía iniciarse expediente sancionador al respecto» (Fundamento de Derecho 9º).*

#### OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 23 de febrero de 2016 (Recurso 887/2014, Fundamento de Derecho 12º), en idénticos términos respecto a la cuestión planteada.

STS de 16 de enero de 2014 (Recurso 390/2011, Fundamento de Derecho 4º), aunque en esta se añade una consideración relevante, por cuanto parece admitir en hipótesis que pudiera ser sancionable la indebida aplicación del régimen de neutralidad, en función de las circunstancias concurrentes:

*«Por tanto, y como se ha anunciado, el motivo se estima, sin perjuicio de ponerse de relieve que la apreciación de las circunstancias concurrentes, siempre necesaria en este tipo de controversias, de acuerdo con la doctrina del TJUE, pueda imponer solución distinta» (Fundamento de Derecho 4º).*

STS de 13 de junio de 2014 (Recurso 848/2012, Fundamento de Derecho 10º), donde se agrega que la circunstancia hipotéticamente determinante de la imposición de sanciones en estos casos sería la apreciación de simulación:

*«Por tanto, y como se ha anunciado, el motivo se estima, sin perjuicio de ponerse de relieve que la apreciación de las circunstancias concurrentes, siempre necesaria en este tipo de controversias, de acuerdo con la doctrina del TJUE, pueda imponer solución distinta, si existe simulación, lo que no ocurre en el caso» (Fundamento de Derecho 10º).*

## VI.12. CLÁUSULA ANTIABUSO Y RÉGIMEN SANCIONADOR (2):

La **indebida aplicación del régimen** de neutralidad en las reestructuraciones societarias, por ausencia de motivo económico válido, **no siempre excluye la aplicación de sanciones**, atendidas las circunstancias que rodean la operación.

*VI.12.1. Traslado del domicilio social de una entidad al País Vasco y posterior transmisión de sus acciones a otra sociedad domiciliada previamente en el mismo territorio foral. Fusión de ambas previa a la venta de un inmueble (IS)*

STS de 13 de diciembre de 2016 (Recurso 2211/2015)



### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

La sociedad A, residente en Santander, es propietaria de un hotel en dicha ciudad. Sus socios, personas físicas, transmiten la totalidad de las acciones de la entidad a la sociedad B, residente en el País Vasco e inactiva hasta entonces desde su constitución (cuyas acciones habían sido adquiridas inmediatamente antes por personas físicas residentes en Santander). Algunas semanas más tarde, la sociedad A cesa en su actividad hotelera, e inmediatamente traslada su domicilio social al País Vasco. El inmueble donde se encontraba el hotel constituye su activo principal. A continuación, ambas sociedades abordan una operación de fusión impropia (absorción de la sociedad A por la sociedad B), acogiendo al régimen de fusiones vigente en territorio foral (con exención -y no simple diferimiento- de las plusvalías, en particular la correspondiente al edificio del hotel). Tras la fusión, la sociedad B transmite el inmueble a una tercera entidad.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección de la AEAT entiende que la operación de fusión por absorción carece de motivo económico válido y que tanto dicha fusión, como la intervención de la sociedad absorbente en la transmisión del inmueble, se encuentran afectadas por simulación relativa. Por ello niega que resulte aplicable al caso el régimen especial de neutralidad de las fusiones vigente en territorio foral (y la consiguiente exención de la plusvalía) y considera, en consecuencia, que el inmueble se ha transmitido directamente por la sociedad propietaria original del mismo. Como consecuencia de estos hechos, el órgano de la AEAT aprecia la existencia de una infracción tributaria grave, de acuerdo con el régimen sancionador de la LGT de 2003.

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo niega que su doctrina previa, contraria a la imposición de sanciones en supuestos de aplicación indebida del régimen especial de reestructuraciones societarias, sea aplicable en todos los casos de utilización indebida de dicho régimen, respaldando la posibilidad de sancionar siempre que las circunstancias lo justifiquen (como ocurriría en este caso, al haberse apreciado la existencia de simulación). Se considera que la resolución administrativa motiva de manera suficiente la concurrencia de los elementos de la conducta infractora y, en particular, la culpabilidad. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que la conducta debió sancionarse conforme a la LGT 1963 y sin apreciar la circunstancia de ocultación:

«Ante estas circunstancias, que llevan a la Inspección a considerar que se estaba ante un supuesto de simulación relativa, no resultaba automática la aplicación de la doctrina jurisprudencial que tiene en cuenta la Sala de instancia, como vino a reconocer la propia sentencia de 16 de enero de 2014, al precisar no obstante la estimación del motivo, siguiendo la doctrina expuesta en la sentencia de 3 de julio de 2012, que afectaba a una operación de escisión parcial, que todo ello era sin perjuicio de " que la apreciación de las circunstancias concurrentes, siempre necesaria en este tipo de controversias, de acuerdo con la doctrina del TJUE, pueda imponer solución distinta".

Todo ello explica que en la reciente sentencia de 23 de mayo de 2016, la Sala estimase el recurso de casación 4133/2014 , interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 20 de noviembre de 2014 , confirmando la imposición de sanción en relación con una liquidación del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2005, por una operación de aportación no dineraria de activos con deudas no expresamente contraídas para financiar la adquisición o funcionamiento de los bienes transmitidos, al considerarse que no tenía amparo en el régimen de diferimiento contemplado en el capítulo VIII del título VIII del Texto Refundido del Impuesto, no habiéndose realizado, por otra parte, por motivos económicos válidos.

En consecuencia, procedía entrar a examinar la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción imputada a la recurrente» (Fundamento de Derecho 5º).

«Pues bien, desde el test que implica el control de la motivación de una sanción administrativa, el acto impugnado satisface las exigencias que se derivan de nuestra jurisprudencia en cuanto justifica ampliamente y de forma suficiente la concurrencia de culpabilidad, explicando por qué la entidad [sociedad A] no actuó al amparo de una interpretación razonable de la norma al no buscarse con la fusión adaptar las dimensiones, capacidad productiva, características técnicas o de gestión de las empresas a las exigencias del mercado para que fueran más rentables y eficaces, sino la transmisión de un hotel a una entidad inmobiliaria, que se produce cinco días después de efectuada la fusión, mediante la creación de una realidad jurídica aparente que ocultaba una realidad jurídica distinta con la única finalidad de dejar de tributar lo que en Derecho le correspondía.

No se trataba, pues, de conseguir un ahorro fiscal mediante actos artificiosos sino de urdir un engaño que sirvió de pantalla para encubrir el negocio efectivamente realizado en violación de la Ley» (Fundamento de Derecho 6º).

«Queda por resolver la calificación de la infracción, teniendo en este extremo razón la parte cuando cuestiona la ocultación que apreció la Inspección, pues toda la actuación de la entidad resultó transparente, sin que la circunstancia de que no se presentaran las declaraciones ante la Administración estatal que resultó finalmente competente, tras la resolución del conflicto de competencias suscitado por la Hacienda Foral, pueda llevarnos a la existencia de ocultación , por haber participado la entidad el cambio de domicilio a Bilbao, manifestado en su momento a la Diputación Foral de Vizcaya su intención de acogerse al régimen especial de fusiones previsto en el Capítulo X del Título VIII de la Norma Foral 3/1996, de 2 [sic] de junio, lo que fue comunicado por ésta a la Delegación Especial de la AEAT en el País Vasco el 12 de julio de 2002.

Además, en este caso resultaba aplicable la normativa vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos, la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, debiendo tenerse en cuenta que según doctrina de esta Sala, sentencia de 7 de julio de 2011 (rec. 260/2008 ), un elemento del tipo no puede servir de circunstancia agravante.

Rechazada la ocultación, la infracción debe calificarse como grave. de conformidad con

*lo dispuesto en el art. 87.1 de la antigua Ley General Tributaria, por lo que la sanción debe consistir en multa proporcional del 50 por 100» (Fundamento de Derecho 7°).*

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE (que formula el magistrado don Francisco José Navarro Sanchís, al que se adhiere el magistrado don José Díaz Delgado):

*«(...) Las razones de tal discrepancia son las siguientes:*

*1) La jurisprudencia de este Tribunal Supremo que declara la exclusión de la potestad sancionadora con ocasión de la regularización de las operaciones societarias de fusión, absorción y otras, como resultado de la interpretación literal, histórica y sistemática del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades.*

*(...) Tal doctrina, como es sabido, sería lícito que fuera complementada, limitada o matizada, incluso corregida, pero de un modo formal, abierto y solemne, y desde luego, motivadamente (...).*

*2) Lo anterior debe reforzarse, aún más, a la vista de que, además, la doctrina que considero debemos mantener y respetar, sin menoscabarla ni excepcionarla por vía singular o de salvedad, versa sobre materia sancionadora, dado que el ejercicio de la potestad de esta índole debe ser excepcional, como manifestación que es del ius puniendi del Estado y, en tal calidad, objeto de interpretación restrictiva.*

*3) Además de lo anterior, (...), no sólo no hay en el asunto debatido simulación negocial, sino que ni siquiera la sentencia de que disiento afirma tal cosa.*

*(...) A tal efecto, es bastante con considerar que la simulación debe ser real y objetiva, fáctica en suma, sin que quepa asimilar a tal categoría la ocultación o simulación de las intenciones o propósitos, pues en tal caso todos los negocios indirectos o anómalos serían, por definición, simulados y, en tal carácter susceptibles de venir acompañados de sanción. Si queremos llegar a tal conclusión -si la aceptamos como válida y pertinente-, deberíamos afrontar un cambio de rumbo de nuestra doctrina, pero no de una manera elíptica o solapada, sino de forma clara, solemne y motivada, a fin de deslindar los supuestos de aplicación de la cláusula antifraude en que sería improcedente la sanción de aquellos otros en que en principio cabría su ejercicio».*

OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

STS de 31 de enero de 2017 (Recurso 3565/2015, Fundamento de Derecho 4º): reproduce la misma doctrina, aceptando como hipótesis la imposición de sanciones en estos casos, si bien concluye que en el caso enjuiciado la sanción impuesta adolecía de insuficiente motivación.

*VI.12.2. Aportación no dineraria de un inmueble junto con deudas no vinculadas a la financiación del mismo (IS)*

STS de 23 de mayo de 2016 (Recurso 4133/2014)

### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad realiza una aportación no dineraria a otra entidad del grupo, consistente en un inmueble y deudas derivadas de préstamos obtenidos el mismo día de la aportación. Con la misma fecha, la entidad aportante transmite la mitad de las participaciones recibidas en la operación, y unos días después la otra mitad, a otras entidades del grupo. El inmueble aportado había sido promovido y se encontraba terminado al contraerse la deuda por el préstamo. En su declaración del IS, la entidad aportante aplicó la norma que dispone el diferimiento en virtud del régimen especial de reestructuraciones societarias.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección de la AEAT entiende que la aportación carecía de motivo económico válido, rechazando la aplicación del régimen especial y apreciando la existencia de una infracción tributaria leve, de acuerdo con el régimen sancionador de la LGT de 2003 (sin considerar la concurrencia de ocultación). El órgano administrativo argumenta la existencia de culpa, basándose en dos consideraciones fundamentales: en primer lugar, no se aprecia interpretación razonable de la norma aplicada por el sujeto pasivo, por existir un criterio público y reiterado en consultas administrativas que rechazan la aplicación del régimen especial en estos casos (aportación de deudas que no derivan de la financiación de los activos aportados); en segundo lugar, porque no concurrieron en el caso motivos económicos válidos, dado que la operación societaria no alteró la situación previa existente en cuanto a la explotación del inmueble, produciendo como único resultado tangible en términos económicos la obtención de liquidez por el aportante (a través del préstamo recibido).

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo niega que su doctrina previa, contraria a la imposición de sanciones en supuestos de aplicación del régimen especial de neutralidad, impida sancionar si existen elementos adicionales en la conducta del sujeto (más allá de la mera reestructuración societaria) constitutivos del tipo infractor.

*«La Administración justificó amplia y detenidamente por qué, en su criterio, la aplicación que había realizado (...) S.A., en su autoliquidación de los artículos 94 y concordantes del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no respondía a una interpretación razonable de los mismos. Frente a esas justificaciones, y para responder a la pretensión de la mencionada compañía, los jueces a quo, sin "deshacer" las razones de-*

*tenidamente desgranadas en el acto sancionador, se limitan a afirmar sin la menor explicación que, en efecto, (...) S.A., actuó interpretando razonablemente aquellas normas. No hay nada en la sentencia que abone tal conclusión, debiendo concluirse que carece de motivación» (Fundamento de Derecho 2º).*

*«El acto sancionador objeto de enjuiciamiento justifica el castigo con dos argumentos: (i) No hubo interpretación razonable de la norma, porque la Dirección General de Tributos en numerosas consultas vinculantes ha dejado claro que el artículo 94 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no alcanza a la operaciones de aportación no dineraria cuando, junto con el activo, se incorporan deudas que no están vinculadas directamente con la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan. (ii) La operación examinada no respondió a motivos económicos válidos, puesto que la aportación de un hotel, junto con importantes deudas contraídas el mismo día de la operación (no para construir o adquirir el hotel, sino para otorgar liquidez a la aportante), mantuvo inalterada la situación en lo que se refiere a la explotación del negocio hostelero y no aportó valor añadido; no hubo, por tanto, una reestructuración o racionalización de la actividad.*

*(...) Pues bien, desde el test que implica el control de la motivación de una sanción administrativa, el acto impugnado satisface las exigencias que se derivan de nuestra jurisprudencia: la Administración no sólo ha probado la participación de (...) S.A., en los hechos (aportó junto con el hotel unas deudas que no estaban directamente vinculadas con la adquisición o construcción del mismo y en la autoliquidación del impuesto aplicó a dicha operación el régimen especial), sino que motiva ampliamente, y de forma suficiente, la concurrencia de culpabilidad. Explica por qué no cabe entender que (...) S.A., actuara al amparo de una interpretación razonable de la norma, identificando las consultas de la Dirección General de Tributos en las que se afirma con claridad que en el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores es posible aportar, junto con los activos, las correspondientes deudas, pero han de estar directamente vinculadas con ellos. Ciertamente, la existencia de contestaciones a consultas tributarias vinculantes que sostienen un criterio interpretativo diverso no convierte en irrazonable el defendido por el obligado tributario, pero (...) S.A., no ha explicado por qué, aun existiendo ese otro consolidado de la Dirección General de Tributos, su criterio debe considerarse razonable.*

*A lo anterior añade el acuerdo sancionador que, además, la operación no respondió a motivos económicos válidos, explicando la razón de esta conclusión (ratificada, por cierto, en la sentencia impugnada -FJ 9º-), de modo que tampoco desde esta perspectiva la conducta podría justificarse en una interpretación razonable de las normas aplicables, porque en el ejercicio 2005 la mera lectura del artículo 96.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades [«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»] bastaba para concluir la inaplicabilidad a las operaciones de reestructuración empresarial del régimen especial de fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores en el caso de inexistencia de motivos económicos válidos en dichas operaciones.*

*Lo expuesto permite entender que en este caso el acto está suficientemente motivado.*

*(...) Este desenlace no contradice la doctrina de nuestra sentencia de 3 de julio de 2012 (casación 3703/2009 ; ECLI:ES:TS:2012:4931), seguida después en las de 16 de enero de 2014 (casación 390/2011; ECLI:ES:TS:2014:96 ) y 23 de febrero de 2016 (casación 887/2014; ECLI:ES:TS :2016:773), pues no se trata aquí de apreciar exclusivamente si la*

*operación regularizada respondió o no a motivos económicos válidos, sino en valorar a efectos sancionadores una conducta consistente en aprovechar la aportación no dineraria a una sociedad (un inmueble destinado a hotel) para "adjuntar" a esa aportación unas deudas que nada tenían que ver con la adquisición de dicho bien, en clara oposición a la doctrina sentada por la Dirección General de Tributos en varias consultas vinculantes» (Fundamento de Derecho 3º).*

### **VI.13. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS DEL FRAUDE O EVASIÓN Y DEL MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO. NO REVISABILIDAD EN CASACIÓN:**

La **apreciación de pruebas** sobre la existencia de fraude o evasión, o sobre la concurrencia de motivos económicos válidos, es una cuestión **no revisable en casación, salvo** que la parte alegue y demuestre que al realizarse por el tribunal *a quo* se infringieron preceptos reguladores de la valoración de la **prueba tasada o se llevó a cabo una apreciación ilógica, arbitraria o irrazonable**. En consecuencia, con excepción de estos dos casos, la apreciación de las pruebas en la instancia no puede ser alterada en casación.

#### *VI.13.1. Adquisición por una persona física de una sociedad con pérdidas pendientes de compensación y posterior fusión con entidad perteneciente al mismo socio persona física (IRPF/IS)*

SSTS de 23 de junio de 2012 (Recurso 3281/2009)

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Una persona física adquiere la totalidad de las participaciones en una sociedad que mantiene pérdidas pendientes de compensación en su IS. Con posterioridad se procede a la fusión de dicha entidad al ser absorbida por otra sociedad perteneciente al mismo socio. Como resultado de esta fusión no se produce el gravamen de las plusvalías latentes, al considerarse aplicable por los sujetos pasivos el régimen especial de fusiones en el IS e IRPF.

#### **CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

El órgano de inspección considera que el negocio de fusión no puede ser explicado de manera satisfactoria desde la perspectiva económica y organizativa, concluyendo que su única finalidad era aplicar las ventajas fiscales derivadas de la adquisición de una sociedad con importantes pérdidas pendientes de compensar. Por tanto, se excluye la aplicación del régimen especial.

## SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Frente a la argumentación del recurrente, el Tribunal Supremo insiste en que la valoración de las pruebas en las que se basa la inexistencia de motivo económico válido corresponde en exclusiva al Tribunal de instancia, sin que sea posible la revisión de dicha valoración en vía casacional (salvo que en la instancia se hubieran infringido las normas reguladoras de la apreciación de pruebas tasadas o llevado a cabo una valoración de la prueba ilógica, arbitraria o irrazonable):

*«[R]esulta preciso traer a colación la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual la apreciación de las pruebas llevada a cabo en la instancia solo puede acceder a la casación si se denuncia la infracción de los preceptos reguladores de valoración de las pruebas tasadas o cuando la llevada a cabo resulta contraria a la razón e ilógica, conduciendo a resultados que evidencian arbitrariedad vulneradora del artículo 9.3 de la Constitución» (Fundamento de Derecho 5°).*

*«Con relación a la existencia de motivos económicos válidos aducidos por los recurrentes en la operación de fusión llevada a cabo en el caso que ahora enjuiciamos, estamos ante una cuestión cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia y que, en consecuencia, al igual que hemos declarado con relación al motivo anterior, está vedado a la vía casacional, salvo que la parte hubiese denunciado, cosa que no ha sucedido, 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» (Fundamento de Derecho 6°).*

## OTRAS SENTENCIAS EN EL MISMO SENTIDO:

SSTS de 13 de septiembre de 2012 (Recurso 2879/2010, Fundamento de Derecho 4°), de 12 de noviembre de 2012 (Recurso 4299/2010, Fundamento de Derecho 4°), de 6 de junio de 2013 (Recurso 2218/2011, Fundamento de Derecho 4°), de 20 de febrero de 2014 (Recurso 4219/2011, Fundamento de Derecho 5°), de 14 de octubre de 2015 (Recurso 2796/2013, Fundamento de Derecho 4°), de 14 de octubre de 2015 (Recurso 3392/2013, Fundamento de Derecho 2°).



## VII. ECONOMÍA DE OPCIÓN

### VII.1. ECONOMÍA DE OPCIÓN. DELIMITACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA DEL CONCEPTO:

Debe distinguirse la conducta de quien celebra un **negocio distinto del pretendido** inicialmente, **asumiendo los efectos civiles y mercantiles propios** del negocio realizado (**economía de opción**), de la de quien celebra **el negocio tributariamente más ventajoso**, pero organizándolo de modo que (por fraude, simulación u otro artificio) produzca los **efectos jurídicos civiles y mercantiles propios de su opción inicial**, tributariamente más onerosa.

*VII.1.1. Transmisión por una persona física de la totalidad de participaciones sociales de una sociedad vinculada (transparente), con posterior venta del activo principal y subsiguiente disolución de la sociedad transparente (IRPF/IS)*

STS de 22 de junio de 2016 (Recurso 2218/2015)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una persona física es titular (con una participación cercana al 100 por 100) de una sociedad transparente cuyo activo principal es un terreno adquirido en 1985 por algo más de 70.000 euros (su equivalente en moneda del tiempo). En 2000 se acuerda con un tercero la venta futura del terreno por un precio cercano a los 19 millones de euros. A continuación (antes de la venta), la persona física transmite todas sus participaciones en la sociedad transparente a otra sociedad de la que también es titular (también con una participación cercana al 100 por 100). El precio para esta transmisión de participaciones se fija en un importe cercano al precio de venta futura del terreno (ya convenido con el tercero), sin tener en cuenta los pasivos previamente existentes en la transparente. La venta efectiva del terreno en abril de 2002 produce para ésta un beneficio, que tributará en su base imponible del IS. Seguidamente, la sociedad transparente se disuelve, lo que origina una pérdida para la sociedad titular de sus participaciones, por la diferencia entre el valor neto recibido en la liquidación social, en total unos 8 millones y medio de euros (activos por valor de más de 16 millones y pasivos de unos 7 millones y medio), y el coste de adquisición (cercano a los 19 millones) y de titularidad (la base imponible imputable de la transparente). La imputación de la base positiva de la transparente se neutraliza holgadamente con la pér-

da derivada de la disolución, resultando el derecho a la devolución de todo el impuesto satisfecho por la transparente y una pérdida adicional cercana a 10 millones susceptible de compensación futura.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma la apreciación administrativa de fraude de ley (ver III.1.7), rechazando expresamente que, como alegaban los interesados, las operaciones realizadas constituyan un supuesto de economía de opción:

*«B) (...) Por su parte, conforme a la Sentencia de 25 de marzo de 2010 (rec. cas núm. 2559/2006), para apreciar el fraude de ley, es suficiente constatar que la causa del negocio jurídico o del conjunto de negocios jurídicos realizados es exclusivamente de índole fiscal, persiguiendo, únicamente obtener una tributación notoriamente más baja que la legal y ordinariamente previsible. De esta manera, para excluir dicha clase de fraude en operaciones "insólitas e inusuales" en muy corto espacio de tiempo es preciso alegar y acreditar razonablemente una causa suficiente y justificativa que no sea el mero propósito de atenuar anormalmente la carga tributaria que grava ordinariamente a la capacidad económica evidenciada en conjunto de negocios jurídicos realizados.*

*La economía de opción tiene diversos significados. El que configura su noción clásica como "ofrecimiento explícito de fórmulas jurídicas igualmente válidas", comprensivo de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico ofrece al sujeto pasivo diversas alternativas, con la razonable suposición de que elegirá la de menor coste tributario, sin que ello suponga la realización de maniobras de elusión o abuso de las posibilidades de conformación jurídica. El que se identifica con las llamadas "opciones fiscales" que suponen un derecho concedido por la ley fiscal al contribuyente, colocado en una determinada situación jurídica en relación con el impuesto, para ejercer libremente una opción que influye en la configuración del régimen jurídico. Y, en fin, el que se refiere a los supuestos en los que las alternativas aparecen, incluso, de modo implícito en la norma.*

*Pero, ni en su acepción más amplia, puede entenderse que "la economía de opción" atribuya al obligado tributario la facultad de configurar negocios o situaciones económicas con incidencia fiscal o sobre fórmulas negociales que, sin "motivos económicos válidos" se eligen con una exclusiva finalidad tributaria. Conseguir una ventaja fiscal constituye un fin que no es jurídicamente objetable, salvo que se convierta en la única causa del negocio jurídico celebrado.*

*La economía de opción termina donde empieza la elusión tributaria. De modo que si la economía de opción se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial, que abarca la facultad de celebrar negocios con la finalidad de obtener una ventaja o ahorro fiscal, es necesario, como señala la jurisprudencia, evitar que esa libertad de configuración suponga desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias. Y ello ocurre cuando se acude a fórmulas negociales que se resumen en la categoría de los "negocios jurídicos anómalos", que incluye los negocios en fraude de ley, el negocio indirecto, el negocio fiduciario y el negocio simulado. Se trata, en suma, de la utilización de negocio no gravado o gravado en menor medida que supone la "deformación" de otro negocio, gravado o más gravado, con la idea de sustraerse a la regulación tributaria normal» (Fundamento de Derecho 7º).*

*VII.1.2. Aportación no dineraria de participación social a una sociedad transparente vinculada y posterior venta de la participación aportada (IRPF/IS)*

STS de 22 de marzo de 2012 (Recurso 2293/2008)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

Dos cónyuges constituyen una sociedad transparente, aportando su participación social en otra sociedad. A efectos de la constitución, la participación aportada se valora en algo más de 7 millones de euros. La plusvalía obtenida por los cónyuges como consecuencia de la operación no tributa, por efecto de los coeficientes de abatimiento (al tener la participación aportada una fecha de adquisición muy lejana). De manera inmediata (el mismo día), la entidad recién constituida vende a un tercero la participación recibida por un precio de algo más de 3 millones y medio de euros. Se genera de esta forma una pérdida para la entidad, susceptible de ser compensada en ejercicios futuros.

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La AEAT califica el supuesto como fraude de ley, conforme al art. 24 LGT 1963, aplicando al caso los efectos de la "norma defraudada".

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo confirma la apreciación administrativa de fraude de ley (ver III.1.11), rechazando expresamente que, como alegaban los interesados, las operaciones realizadas constituyan un supuesto de economía de opción:

*«Tampoco resulta de recibo pretender enmarcar el fraude de ley cometido como ejercicio de la economía de opción -motivo tercero de casación, puesto que no estamos ante un supuesto en el que el orden jurídico permita al contribuyente distintas posibilidades de actuación a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas, y que resultarían legítimas si no hubieran vulnerado los principios de capacidad económica y de justicia tributaria.*

*Por el contrario, la "economía de opción", que comporta una discrepancia interpretativa, no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal, como es el caso que nos ocupa, cuya conducta ya ha sido analizada y calificada en el fundamento anterior, sin que quepa invocar principio y opciones inaplicables» (Fundamento de Derecho 5º).*

*VII.1.3. Transmisión de acciones de una sociedad transparente tras haberse llegado a un acuerdo sobre el justiprecio de un inmueble de su propiedad, cuya expropiación se va a producir de manera inminente (IS/IRPF)*

STS de 18 de marzo de 2013 (Recurso 392/2011)

**BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

La sociedad A, transparente, es titular de un inmueble que va a ser objeto de inminente expropiación (por la que se materializará una importante plusvalía). Después de haberse llegado a un acuerdo sobre el justiprecio, pero con anterioridad a la ejecución del acto expropiatorio, las personas físicas titulares de la sociedad A transmiten sus participaciones a la sociedad B. Ambas sociedades son administradas por la misma persona física, que es, junto con su cónyuge, el titular directo de la transparente, e indirecto de la mitad del capital de la compradora. Como resultado de la operación, la sociedad compradora obtiene una pérdida poco significativa a efectos fiscales, pero las personas físicas vendedoras integran la ganancia derivada de la transmisión de sus participaciones en su base imponible especial, imputándola en varios ejercicios debido al aplazamiento del precio pactado, y previa aplicación de coeficientes de abatimiento, en lugar de tributar mediante la imputación de una renta derivada del régimen de transparencia en la base imponible general (como hubiera sucedido de no haber mediado la transmisión de las participaciones sociales).

**CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La AEAT califica el supuesto como simulación.

**SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

El Tribunal Supremo confirma la existencia de simulación y las consecuencias correspondientes (véase V.1.7), e introduce (por lo que aquí interesa) algunas consideraciones sobre la posibilidad de que la conducta de los sujetos pasivos pudiera considerarse legítima economía de opción (calificación que descarta):

*«Es criterio reiterado de esta Sala que la legitimidad de la llamada economía de opción está fuera de duda, porque no afecta al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria [sentencia de 4 de julio(sic) de 2007 (recurso 274/03, FJ 4º, letra d)]. Cuestión diferente es que, bajo la apariencia de esa legítima opción, en realidad se pacten negocios jurídicos anómalos [sentencias de 15 de diciembre de 2008 (casación 5985 / 05, FJ 4º) y 9 de marzo de 2009 (casación 6866 / 05, FJ 6º), entre otras], esto es, acuer-*

*dos con los que se persigue la obtención de resultados o de fines distintos a los previstos por la ley para la fórmula utilizada. De lo anterior se colige que la existencia de un negocio jurídico simulado o de un complejo negocial de esa índole impide defender la presencia de una opción económica legítima.*

*En efecto, no cabe confundir la conducta de quien, para capear una carga fiscal, ejecuta, en el ejercicio legítimo de su libertad de empresa ( artículo 38 de la Constitución), un negocio distinto del pretendido, obteniendo los efectos civiles y mercantiles propios del realmente realizado y no los del inicialmente programado, con la situación de quien con idéntica mira lleva a cabo la operación tributariamente más beneficiosa, pero la organiza de modo que (por fraude, simulación u otro artificio) las consecuencias para su patrimonio en el orden civil y mercantil sean las que corresponderían a la opción inicial, fiscalmente más onerosa. La «economía de opción» no ampara tal clase de comportamientos [ sentencia de 5 de julio de 2010 (casación 373/07 , FJ 4º)].*

*Y, dado que en el recurso se insiste en la legitimidad fiscal de la operación defendiendo que responde a motivos económicos válidos, se ha de tener en cuenta que este concepto jurídico indeterminado, nacido en el ámbito del derecho de la Unión Europea, ha sido interpretado en numerosas ocasiones por este Tribunal Supremo siguiendo la jurisprudencia del de Justicia de la Unión. Esta noción tiene un límite negativo, aquel que representa la constatación de que la operación persigue como primer designio la obtención indebida de una ventaja fiscal. Hemos dicho [ sentencia de 12 de noviembre de 2012 (casación 4299/10, FJ 2º)], siguiendo al mencionado Tribunal [ sentencia de 10 de noviembre de 2011, Foggia (asunto C- 126/10 , apartado 50)], que de lo que se trata es de impedir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse indebidamente de las ventajas establecidas en el ordenamiento jurídico [véanse también, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, apartado 24); 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, apartados 68 y 69); y 18 de julio de 2007, Kofoed (asunto C-321/05, apartado 38)].*

*También hemos sostenido [ sentencias de 14 de mayo de 2012 (casación 2144/10 , FJ 3º), 18 de junio de 2012 (casación 5352/09, FJ 3 º) y 12 de noviembre de 2012 (casación 4299/10 , FJ 3º)] que, para determinar si una concreta operación responde a motivos económicos válidos, han de considerarse las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a su realización, resultando evidente a la luz de lo razonado en los párrafos precedentes que, en ese examen global, el complejo negocial litigioso tenía como principal objetivo, sino único, obtener la ventaja fiscal ya descrita, lo que de acuerdo con la sentencia Foggia, ya citada, permite concluir en la ausencia de motivos económicos válidos (aparatados 47 y siguientes)» (Fundamento de Derecho 2º).*

#### *VII.1.4. Compra de la totalidad de las participaciones de una sociedad transparente por tres sociedades, una de ellas constituida ex professo y sujeta al régimen de transparencia (IS)*

STS de 18 de junio de 2015 (Recurso 1517/2013)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad transparente A, participada por una sola persona física, es titular de una parcela que acumula una importante plusvalía. Dos sociedades (no transparentes) B y C, pertenecientes a personas integradas en un

mismo ámbito de decisión, están interesadas en hacerse con la propiedad del inmueble. A tal efecto, adquieren, junto con una tercera sociedad D (sujeta al régimen de transparencia y constituida expresamente para la ocasión), la totalidad de las participaciones de la sociedad transparente A. La intervención de la sociedad transparente D como compradora permite que la sociedad A conserve también su condición de transparente (que hubiera perdido si la totalidad de sus socios hubieran sido entidades no transparentes). Una vez realizada la compra de la sociedad transparente A, se procede a su disolución, adjudicándose el terreno a sus socios, B, C y D. La plusvalía obtenida por la sociedad A como consecuencia de la disolución tributa en su IS, imputándose luego a los socios tanto la base imponible correspondiente como la cuota satisfecha. Cada una de las entidades socias declara en su IS, por un lado, la parte de la plusvalía del terreno y, por otro, la pérdida (equivalente) derivada de la disolución de la sociedad A (diferencia entre el valor del terreno adjudicado y la suma del coste de adquisición y de titularidad de las participaciones), con lo cual ambos importes quedan neutralizados. Las socias además recuperan el impuesto satisfecho por la sociedad disuelta mediante la imputación también de la cuota satisfecha por ésta.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

Se estima por la Inspección que la constitución de la sociedad transparente, y su posterior absorción por una de las otras dos sociedades compradoras, se efectuó en fraude de ley.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Inspección (ver III.1.8), al apreciar que, ante las alternativas negociales legítimas que los interesados tenían para llevar a cabo sus fines, no se limitaron a elegir la más ventajosa, lo que hubiera permitido calificar el supuesto como "economía de opción". Por el contrario, en este caso los negocios celebrados se acompañaron de otras actuaciones tendentes a minimizar la carga fiscal, que constituían un "rodeo o contorno" propio del fraude de ley:

*«Para un mejor entendimiento de la argumentación que nos lleva a la referida conclusión, y al hilo de lo manifestado por el Abogado del Estado al contestar a la demanda, comenzamos por señalar que ante el deseo de adquirir el terreno de propiedad de [sociedad A] la opción más fácil y directa era la compra a esta sociedad, si bien ello supondría para ella una tributación al 35% de la plusvalía obtenida, para después, y por aplicación del régimen de transparencia fiscal -que recordemos resultaba de aplicación a aquella entidad-, imputarla al Sr. (...), que sufriría una tributación al 48% en su IRPF, aún cuando siempre descontándose la cuota satisfecha por [sociedad A].*



*Una segunda alternativa para quien deseaba hacerse con el terreno era la adquisición de las participaciones de [sociedad A], caso en el que el Sr. (...) tributaría en su IRPF al 15% sobre la diferencia entre el precio de adquisición y el de transmisión de los títulos, si bien, si se disolvía la sociedad y se adjudicaba el terreno a los socios, aquella habría de tributar por Impuesto de Sociedades, integrando en su base imponible "la diferencia entre el valor normal de mercado y de los elementos transmitidos y su valor contable" ( artículo 15.3 de la LIS de 1995), que se vería sometido al gravamen del 35%.*

*(...)*

*Por ello, y aún partiendo de la exposición de la recurrente, que prefiere mantener la opinión de que la venta de las acciones de [sociedad A] por parte del Sr. (...) fue la forma de transmisión impuesta por éste, ha de mantenerse que el empleo de la misma para llegar a la finalidad perseguida entra dentro del ámbito de la economía de opción, pues se trata de una de las alternativas legítimas que el ordenamiento jurídico ponía a disposición de las partes.*

*En cambio, lo que ya no es economía de opción es el proceso de "rodeo" o "contorneo" (expresión del Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo) seguido por la recurrente y demás entidades compradoras para evitar el inconveniente de hacer frente a la plusvalía del solar, declarada por [sociedad A] con ocasión de su liquidación y disolución (artículo 15.3 de la LIS , al que antes no hemos referido)» (Fundamento de Derecho 6º).*

#### *VII.1.5. Sociedad familiar adquiere sociedad transparente y adelanta el cierre de su ejercicio. Posterior donación a la transparente y entrega de dividendo a cuenta (IS)*

STS de 20 de septiembre de 2012 (Recurso 6231/2009)

#### **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:**

La sociedad A, perteneciente a dos hermanos, adquiere la sociedad transparente B, que acaba de obtener una importante pérdida. A continuación la sociedad B acuerda adelantar el fin de su ejercicio, obteniendo una base imponible negativa (derivada de la pérdida que había obtenido inmediatamente antes de su compra por la sociedad A). Ya dentro del nuevo ejercicio, la sociedad B recibe una importante donación de los padres de los socios de la sociedad A, e inmediatamente acuerda el reparto de una cantidad equivalente a favor de ésta como dividendo a cuenta. Al concluir el nuevo ejercicio, la sociedad transparente B obtiene una base imponible cero, pues la renta positiva correspondiente al importe de la donación se neutraliza con la base imponible negativa pendiente del ejercicio anterior. Como consecuencia de ello, la sociedad B no debe imputarse base imponible positiva, y el dividendo percibido tampoco tributa, por provenir de una sociedad en régimen de transparencia.

#### **CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:**

La Administración considera, tras la tramitación del oportuno procedimiento especial, que el conjunto de operaciones realizadas por los socios en relación



con las sociedades implicadas constituían fraude de ley, al tener como único propósito eludir el impuesto correspondiente a la donación que se pretendía realizar en favor de la sociedad original por parte de los padres de sus socios.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo coincide con la calificación administrativa de fraude de ley, pues se constata la existencia de un entramado de operaciones jurídicas que, si bien analizadas aisladamente constituirían legítimas economías de opción, no responden en este caso en su conjunto a la función jurídica propia de cada uno de los negocios realizados, siendo su propósito exclusivo eludir la tributación (ver III.1.10):

*«Nótese que nos hallamos ante la celebración en un breve lapso de tiempo -sustancialmente, entre 22 de diciembre de 1992, en que (...) [la sociedad B] suscribe la ampliación de capital de (...), y 10 de junio de 1993, en que (...) [la sociedad B] distribuye el dividendo a (...) [la sociedad A]-- de un conjunto de negocios jurídicos con el único objeto de que el matrimonio (...) pudiese donar 477.000.000 ptas. a la sociedad [A], perteneciente mayoritariamente a sus hijos, sin pagar fiscalmente nada.*

*Es cierto que tuvieron un coste extrafiscal de 49.916.000 ptas., que fue lo que tuvo que satisfacer (...) [la sociedad A] a la sociedad suiza para comprar (...) [la sociedad B]; precio con el que en realidad estaba "pagando" las pérdidas compensables, pues el activo real de la sociedad adquirida no llegaba a las 240.000 ptas.; pero hacer la donación a través de una sociedad familiar -(...) [sociedad B] - tiene la ventaja de tributar al máximo del 35%, lo que le suponía un considerable ahorro fiscal (35% sobre 477.000.000=166.950.000).*

*Y todo ello dentro de lo que una legítima economía de opción autorizaba; pero es que los contribuyentes han querido eludir incluso la menor tributación al tipo del Impuesto sobre Sociedades mediante toda una maraña de operaciones, inoperantes en términos mercantiles y económicos, pero planificadas con el único objetivo de eludir la tributación, ya de por sí inferior, que el sistema tributario le permitía» (Fundamento de Derecho 8º).*

## VII.2. ECONOMÍA DE OPCIÓN Y RÉGIMEN ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES SOCIETARIAS (1):

La persecución de una **ventaja fiscal**, mediante una **alternativa negocial lícita**, es perfectamente **compatible** con la concurrencia de **motivo económico válido** a efectos de aplicar el régimen especial de reestructuraciones societarias.

*VII.2.1. Escisión parcial de una sociedad perteneciente a dos cónyuges y liquidación posterior del patrimonio ganancial atribuyéndose a cada cónyuge una de las dos sociedades resultantes de la escisión (IS)*

STS de 14 de octubre de 2015 (Recurso 3392/2013)

### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Dos cónyuges son titulares de una entidad, cuyos activos principales son dos ramas negociales, correspondientes a una actividad empresarial franquiciada y a un negocio de arrendamiento de inmuebles. Mediante la escisión parcial de la entidad se atribuyen los activos del negocio inmobiliario a una sociedad de nueva creación, repartiéndose sus participaciones entre ambos cónyuges. Con posterioridad, al liquidarse la comunidad de gananciales, cada cónyuge recibe las participaciones de una de las entidades resultantes de la escisión.

### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La Inspección tributaria considera que la escisión llevada a cabo carecía de motivo económico válido, teniendo como único objetivo el reparto del patrimonio social (las dos ramas negociales) entre ambos cónyuges, eludiendo la tributación que hubiera correspondido en el IS de haberse procedido a la liquidación y disolución de la sociedad. Por consiguiente, se rechaza la aplicación del régimen especial de reestructuraciones societarias.

### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Frente al recurso del Abogado del Estado, el Tribunal respalda la decisión de la sentencia de instancia, donde se dio la razón a los sujetos pasivos, apreciándose la existencia de motivo económico válido, rechazando que la valoración de la prueba a tal efecto pueda ser discutida en casación. Adicionalmente el Tribunal Supremo afirma la legitimidad de organizar los negocios de la forma fiscalmente más ventajosa (economía de opción), posibilidad que en el caso concreto identifica con la existencia de un motivo económico válido:

*«Se diferencia de la cláusula general antielusión, actual artº 15 de la LGT, una cláusula específica respecto del supuesto concreto que nos ocupa en los términos que se recoge normativamente, artº 110.2 de la LIS, que se hace girar sobre los motivos económicos válidos cuya ausencia determina la imposibilidad de acogerse al régimen especial, pero también en esta se reconoce elementos objetivos y elementos subjetivos, "mera finalidad de obtener una ventaja fiscal", lo cual ha de resultar del conjunto de circunstancias de cada caso en concreto, puesto que en estos supuestos es común una indeterminación natural que siempre va a ser preciso despejar, pues no es siempre fácil identificar en el entramado operacional llevado a cabo la existencia de motivos económicos válidos, lo que exige un análisis objetivo por la Administración de todas las circunstancias concurrentes dirigida a determinar si hubo o no abuso, pues es a partir de dicho análisis objetivos de los elementos concurrentes cuando es posible despejar si la operación ha tenido por finalidad obtener una ventaja fiscal.*

*Como se ha resaltado en otras ocasiones por este Tribunal, resulta absolutamente legítima*

*la economía de opción como ejercicio de las libertades fundamentales que se manifiesta en que los contribuyentes puedan optar por organizar sus operaciones de la forma más ventajosa fiscalmente; y que en el caso que nos ocupa se concretaría en que la operación llevada a cabo se ha realizado por un motivo económico válido» (Fundamento de Derecho 2º).*

### VII.3. ECONOMÍA DE OPCIÓN Y RÉGIMEN ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES SOCIETARIAS (2):

El uso legítimo de **la economía de opción tiene como límite la artificiosidad** que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca.

#### *VII.3.1. Escisión total con atribución de bloques patrimoniales a dos sociedades beneficiarias y atribución de las participaciones en éstas a dos grupos de socios diferentes (escisión subjetiva) [IS]*

STS de 13 de septiembre de 2012 (Recurso 2879/2010)

#### BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO:

Una sociedad tiene como principales activos, por una parte, un inmueble arrendado y, por otra, ciertos terrenos susceptibles de urbanización. Mediante su escisión total se atribuye cada uno de los dos bloques patrimoniales señalados a una de las dos sociedades de nueva constitución beneficiarias de la escisión. Las participaciones en dichas sociedades no se atribuyen proporcionalmente a los socios de la escindida, sino que un grupo de socios recibe las participaciones en la entidad adjudicataria del inmueble arrendado y otro grupo de socios recibe las participaciones en la entidad titular del terreno. Éstos terminan transmitiendo sus participaciones a una entidad que acometerá actuaciones de promoción sobre el terreno.

#### CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO POR LA AEAT:

La AEAT considera que la escisión carece de motivos económicos válidos, por lo que cabe apreciar la circunstancia de fraude o evasión fiscal que determina la no aplicación del régimen especial de neutralidad de las operaciones de reestructuración.

#### SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO:

El Tribunal Supremo confirma el criterio administrativo, al entender que

no había quedado probada la existencia de un motivo económico válido. En particular, se rechaza por el Tribunal que las actuaciones de los sujetos pasivos sean constitutivas de "economía de opción":

*«Por último, se argumenta en el recurso que la escisión realizada no debiera de gravarse por estar enmarcada en la denominada economía de opción, puesto que no estamos ante un supuesto en el que el orden jurídico permita al contribuyente distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas, que resultarían legítimas si no hubieran vulnerado los principios de capacidad económica y de justicia tributaria.*

*Por el contrario, la "economía de opción", que comporta una discrepancia interpretativa, no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria o la obtención de beneficios fiscales mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal, como es el caso que nos ocupa, cuya conducta ya ha sido analizada y calificada anteriormente, sin que quepa invocar principio y opciones inaplicables.*

*Así lo vienen estableciendo Sentencias como la de 27 de enero de 2010 (rec. cas. núm. 5670/2004 ), que afirma:*

*«Como se ha encargado de señalar este Tribunal "la llamada economía de opción sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que, resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas".*

*En esta línea, el Tribunal Constitucional, STC 46/2000, rechaza las que califica de "economías de opción indeseadas", considerando como tales "la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras", y que tienen como límite "el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el artículo 31.1 de la Constitución" y de una más plena realización de la justicia tributaria (pues "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar" como se dijo en la Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre). En consecuencia, "si bien el respeto al expresado principio plasmado en el art. 31.1 CE no exige que el legislador deba tomar en consideración cada una de las posibles conductas que los de su autonomía patrimonial" (en sentido similar, STC 214/1994, de 14 de julio), no es menos cierto que del mismo puede deducirse que la Ley debe necesariamente arbitrar los medios oportunos o las técnicas adecuadas que permitan reflejar la totalidad de los rendimientos obtenidos por cada sujeto pasivo en la base imponible del ejercicio» (FD Tercero).*

*La Sentencia de 29 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 7552/2005 ) proscribe esta posibilidad en determinados supuestos:*

*«La admisibilidad de la "economía de opción" o "estrategia de minoración de coste fiscal" puede ser admitida, en cuanto no afecta ni al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria. En este sentido, aparece fundada en el principio de autonomía de la voluntad, en la libertad de contratación establecida en el artículo 1255 del Código Civil y produce un ahorro fiscal que no es contrario al ordenamiento jurídico. Ahora*

bien, aunque la precisión conceptual de la "economía de opción" no es fácil y tampoco son nítidos sus límites, ha de entenderse que, en cualquier caso, no incluye las actuaciones que incidan en cualquier tipo de negocio jurídico anómalo, fraude de Ley, abuso de derecho, ni, en general, aquellos criterios que comporten una exención de la norma al amparo de una interpretación errónea o improcedente, por extensiva, para incluir supuestos no contemplados por la Ley -o, en este caso, el Convenio Internacional- al ser contrarias a su finalidad. En este sentido, la "economía de opción" que comporta una discrepancia interpretativa no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal. Previsión hoy explícita en el artículo 15 de la actual Ley General Tributaria en lo que denomina "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", y que, aunque la vigencia de la norma sea posterior a los actos administrativos que se revisan, viene a confirmar una conclusión a la que se debía llegar mediante una interpretación teleológica de las normas tributarias entonces vigentes, conforme al artículo 23.1 LGT/1963, eliminando la ventaja fiscal que se trata de obtener como único y exclusivo objetivo de las operaciones realizadas.

Este es también el criterio que refleja la doctrina del TJCE (Cfr. STJCE de 21 de febrero de 2006, Halifax, Ar. C 255/02 y University of Huddersfield, Ar. C 223/03) que aprecia abuso de derecho cuando se aprecien cumulativamente dos requisitos:

a) que la ventaja fiscal que se pretende sea contraria al objetivo y finalidad de las normas aplicables;

b) que del conjunto de elementos objetivos concurrentes resulte que la finalidad esencial de las operaciones por las que se reclama una exención o minoración de la carga tributaria consista precisamente en obtener tal ventaja fiscal.

Dicho en otros términos, la doctrina del abuso del derecho se inscribe en el ámbito de la correcta exégesis de las normas que han de aplicarse al supuesto concreto, teniendo en cuenta el criterio de la interpretación teleológica debe prevalecer frente a la interpretación estrictamente literal.

El uso legítimo de la economía de opción tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca. Cuando el contribuyente traspasa el límite que representa la aplicación común de la norma para utilizarla contrariando su finalidad y espíritu no puede invocarse el principio de seguridad jurídica, pues es lógico pensar que el legislador es contrario a admitir el fraude a los intereses recaudatorios.

En los supuestos de abuso de derecho lo procedente es restablecer la situación que se ha pretendido evitar con el uso indebido de las formas jurídicas y hacer tributar de acuerdo con la naturaleza de la esencia o naturaleza del negocio jurídico realizado» (FD Tercero).

En igual sentido se pronuncian las Sentencias de esta Sala y Sección de 24 de mayo de 2010 (rec. cas. núm. 2053/2005), FD Tercero ; de 29 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 7552/2005), FD Tercero ; de 1 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 9645/2004), FD Sexto; de 16 de noviembre de 2009 (rec. cas. núm. 3862/2007), FD Tercero , y de 20 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 2825/2006 ), FD Tercero» (Fundamento de Derecho 4º).

**SEGUNDA PARTE**  
**ANÁLISIS VALORATIVO**





## CONSIDERACIONES PREVIAS

El propósito de este estudio es ofrecer una panorámica lo más completa posible de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al tratamiento de las conductas que los ciudadanos y las empresas ponen en práctica para minimizar el importe de su factura fiscal. Como se puede ver, su objeto abarca actuaciones no necesariamente censurables en derecho, pues la optimización de la carga tributaria es una aspiración legítima de todo contribuyente, respaldada por el derecho interno y por el ordenamiento de la Unión Europea<sup>1</sup>. Para cumplir con nuestro objetivo vamos a explorar el contenido de la producción jurisprudencial en la materia, a fin de conocer cómo aborda el Alto Tribunal la delimitación de las distintas categorías de conductas, tanto de aquéllas que suponen un incumplimiento por el actor de las obligaciones tributarias que legalmente le son exigibles, como de otras que implican la ordenación regular de sus actos de acuerdo con las normas, mediante el ejercicio de las opciones existentes, a fin de soportar la menor carga tributaria posible.

El trabajo se basa de manera fundamental en el previo estudio de campo de un número muy significativo de las sentencias dictadas en esta materia por la Sala 3<sup>a</sup> del TS durante el último lustro<sup>2</sup>. A fin de contener el foco de

- 
- (1) Esta libertad de ordenación de los propios negocios derivaría del art. 38 CE. Por otra parte, en el ámbito del ordenamiento de la Unión Europea, resulta perfectamente conocida la proclamación en tal sentido de la emblemática STJUE de 21-2-2006, C-255/02, asunto *Halifax*: «el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su carga fiscal».
  - (2) Nos referimos al documento elaborado por encargo de la Fundación Impuestos y Competitividad, y cerrado con fecha 12-6-2017, -que constituye la primera parte de este libro- en el que se recoge una clasificación de las principales líneas de doctrina del Tribunal Supremo en esta materia desde principios del año 2012, con reproducción de los pasajes más relevantes. Todas las referencias realizadas a lo largo del presente estudio a sentencias repro-

atención en unos límites razonables, facilitando la obtención de resultados homogéneos, el estudio se ha centrado en el ámbito de la imposición estatal sobre la renta (IRPF, IS e IRNR, sin perjuicio de alguna ocasional referencia a pronunciamientos sobre impuestos patrimoniales o indirectos que pueden aportar elementos útiles para la formulación de conclusiones generales). Para enfocar el análisis crítico de la jurisprudencia manejada, una vez procesado y clasificado el cúmulo de información disponible, la construcción doctrinal previa constituirá también un referente insoslayable, junto con la propia concepción personal que el autor de este trabajo tiene sobre el significado de las categorías que son objeto de estudio por dicha jurisprudencia<sup>3</sup>. El objetivo de este estudio, no obstante, no puede limitarse al inevitable ejercicio crítico basado en la reflexión dogmática. Con su desarrollo se pretende, además, poder formular un muestrario, lo más fiable posible, de los criterios que el Tribunal Supremo utiliza para identificar los distintos modelos de conducta, así como para determinar las consecuencias que el ordenamiento les asocia. El sentido último de este esfuerzo sistematizador es aportar un plus de información útil a los contribuyentes en general, y a las empresas en particular, en relación con su preocupación por ordenar sus negocios de la forma más segura y, en lo posible, libre de sobresaltos motivados por las eventuales respuestas administrativas frente al modo de cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Para satisfacer los objetivos señalados, no obstante, existen importantes dificultades prácticas que no sería honesto soslayar, y que se manifiestan al menos en tres planos diferentes:

- Modificaciones sobrevenidas de las normas que delimitan, de manera general y/o específica, las conductas elusivas, y establecen sus consecuencias. Como ejemplo más significativo de ello, aunque se perciba ya lejano el abandono del concepto de fraude a la ley tri-

---

ducidas en el citado documento incluyen la cita del epígrafe asignado en el mismo a efectos de su clasificación. No obstante, se tendrán en cuenta también, como es natural, las principales sentencias dictadas por el Tribunal desde esa fecha hasta el momento de cerrar el presente estudio, casi un año después.

- (3) Para conocer nuestra postura general acerca del fenómeno de la elusión tributaria y de los mecanismos que el ordenamiento contempla para hacerle frente, nos remitimos al trabajo publicado hace unos años sobre la materia: GARCÍA BERRO, F. [«Sobre los modos de enfrentar la elusión tributaria y sobre la jurisprudencia tributaria en materia de simulación», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 145 (2010), págs. 41-95].

butaria, por obra de la LGT de 2003, aún no ha encontrado apenas eco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo el «nuevo» concepto de «conflicto en la aplicación de la norma» (aparente sustituto del anterior), sobre cuyos presupuestos sólo de manera muy genérica se ha pronunciado en alguna ocasión, que conozcamos (y casi siempre en *obiter dicta*), el Alto Tribunal. Y con mayor razón carecemos por supuesto de pronunciamientos jurisprudenciales sobre el modo en que puede aceptarse, en su caso, el ejercicio de la potestad sancionadora en los supuestos de «conflicto», dado que esta posibilidad sólo se contempla en la LGT desde octubre de 2015 (a partir de la entrada en vigor de la reforma de su texto por obra de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre). En consecuencia, no hay material jurisprudencial suficiente para establecer con cierta fiabilidad conclusiones sobre la interpretación última que se impondrá en vía jurisdiccional de las normas indicadas y, por tanto, resulta aventurado cualquier pronóstico sobre el cual apoyar una sugerencia de pautas de actuación para evitar verse perjudicado por sus efectos.

- Contradicciones ocasionales en la jurisprudencia: cuando se hace un seguimiento atento de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, se comprueba que a veces sus soluciones no guardan entre sí una absoluta coherencia, pudiendo localizarse sentencias que contradicen abiertamente otras sentencias anteriores, en cuanto a la calificación de las conductas, o a sus consiguientes efectos para los interesados. En suma, no se puede garantizar de modo absoluto en todos los casos que el propio Tribunal Supremo no reaccione de manera diferente ante un conflicto aparentemente idéntico a otro ya resuelto antes en otro sentido. Obviamente, esta circunstancia no se da con gran frecuencia, pero su mera constatación en supuestos puntuales desliza un factor de incertidumbre cuya importancia no puede desdeñarse. A ello se debe añadir que la evolución de la doctrina del Alto Tribunal también lleva de manera natural en ocasiones al surgimiento de nuevas líneas de razonamiento, basadas en fundamentaciones jurídicas novedosas, lo que introduce un factor más de dificultad para anticiparse a las soluciones futuras de su jurisprudencia.
- Una limitación adicional puede ser, finalmente, la nueva regulación del recurso de casación en vía contencioso-administrativa. Al respecto, es pertinente preguntarse cómo puede influir la entrada

en vigor de los nuevos presupuestos de admisión de este recurso, aplicables desde el 22 de julio de 2016, en la evolución de la jurisprudencia sobre conductas de elusión tributaria. No es irrazonable temer que la exigencia de interés casacional se convierta en un filtro demasiado exigente (sólo accederán a la casación aquellos asuntos a los que la correspondiente Sala de admisión reconozca una especial trascendencia, que haga necesaria la creación de jurisprudencia). Surge así el riesgo de que su aplicación impida el pronunciamiento sobre la interpretación de algunas cuestiones no resueltas con carácter previo, cuya solución puede ser sin embargo de gran relevancia para los contribuyentes a la hora de decidir el diseño de sus actuaciones u operativos negociales. Por otra parte, se deposita en órganos jurisdiccionales de inferior rango la correcta interpretación de la propia doctrina del Tribunal Supremo, con las obvias consecuencias negativas que ello puede acarrear desde el punto de vista de la homogeneidad de las soluciones.

En resumidas cuentas, a la vista de este conjunto de limitaciones, el objetivo de nuestra labor de estudio se podrá estimar cumplido de modo razonable si sus resultados permiten esbozar un catálogo de modalidades de conducta reconocibles en la jurisprudencia, con expresión de las controversias de calificación más frecuentes, y con mención de las soluciones que el Tribunal Supremo ha dispuesto acerca de cómo debe canalizarse su tributación en cada caso.

Como podrá comprobarse, a medida que se vaya avanzando en el recorrido que ahora se inicia, existen amplias zonas de incertidumbre, en gran parte motivadas por las razones ya expuestas, pero también por la resistencia, en nuestra opinión excesiva, de la Sala 3ª a asumir las consecuencias de la regulación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria (y antes lo mismo con el fraude a la ley tributaria) en muchos casos donde su aplicación se revelaba a nuestro juicio no sólo posible sino legalmente necesaria. Anticipando en parte conclusiones, el primer perjudicado por este hecho es el valor de la seguridad jurídica. Un valor que, a veces malentendido, y muchas otras insuficientemente atendido por los poderes públicos en las distintas facetas del fenómeno jurídico tributario (sea en el proceso de elaboración de las normas o en el momento de su aplicación), constituye a nuestro modo de ver (como al de muchos otros estudiosos) una de las preocupaciones capitales del dere-

cho tributario en el momento actual<sup>4</sup>. Por eso consideramos de vital importancia poner de manifiesto el hecho reseñado, aportando esfuerzos en la línea de impulsar tan relevante principio constitucional, de cuya efectiva realización dependen en gran parte, no sólo una aplicación justa del sistema tributario sino, por extensión, el ejercicio de la actividad económica de manera responsable, libre del freno innecesario que supone la incertidumbre sobre las posibles consecuencias imprevistas de la operativa empresarial<sup>5</sup>.

- 
- (4) *No nos resistimos a citar en este punto la ya clásica reflexión de nuestro Tribunal Constitucional en su STC 150/1990, de 4-10-1990: «La seguridad jurídica es, según reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 27/1981, 99/1987 y 227/19889, "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio". (...) [L]os principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. (...) [U]na legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia» (FJ 8º).*
- (5) *En el ámbito académico, puede considerarse generalizada la preocupación por el insuficiente grado de realización del principio de seguridad jurídica en la aplicación del sistema tributario. Buen ejemplo de ello es la Declaración de Granada, suscrita el 18 de mayo de 2018 por un grupo numeroso de profesores de Derecho Financiero y Tributario, donde se lamenta que "en la aplicación del Derecho se ha abandonado el análisis dogmático de la norma por una especie de positivismo jurisprudencial o, lo que es lo mismo, se ha sustituido la ley como fuente primaria del Derecho por las decisiones de los Tribunales", al tiempo que se denuncia el "preocupante deterioro" del principio de seguridad jurídica "fruto en muy buena parte del abandono de los conceptos dogmáticos sobre los que se asentó el nacimiento de nuestro Derecho Tributario, y su sustitución por otros cuyos perfiles distan de tener la precisión suficiente como para hacerlos compatibles con un mínimo de seguridad jurídica".*

## **RESULTADOS GENERALES DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. CATEGORÍAS DE CONDUCTA: DELIMITACIÓN Y CONSECUENCIAS**

### **PLANTEAMIENTO**

Como primera y más relevante tarea, a partir del análisis crítico del material jurisprudencial previamente recopilado, se abordará la delimitación conceptual de las categorías de conducta de los obligados tributarios orientadas a optimizar sus cargas fiscales, en el bien entendido de que no todas ellas pueden calificarse en sentido propio como conductas elusivas, pues en algún caso, como las llamadas «economías de opción», son plenamente legítimas, y en otros, como los supuestos que dan lugar a una calificación discrepante de operaciones o negocios por la Administración, implican una disparidad de criterio que no tiene por qué asociarse siempre al propósito de eludir el tributo por parte del interesado. La base para llevar a cabo esta parte del estudio será el catálogo elaborado a partir del trabajo previo de recopilación y clasificación de jurisprudencia. En síntesis, distinguiremos siete categorías, cuya consideración se sucederá de la siguiente forma:

- Calificación discrepante de negocios u operaciones
- Conflicto en la aplicación de la norma tributaria
- Fraude a la ley tributaria
- Negocio indirecto
- Simulación
- Fraude o evasión (con el significado autónomo derivado de la Directiva 2009/133 sobre régimen fiscal de reestructuraciones societarias).
- Economía de opción

Nuestra labor se centrará en definir, a partir del material que proporciona el trabajo de campo previo (con el añadido de algunas sentencias dictadas en el último año, es decir, posteriores a su elaboración, que tienen especial interés a estos efectos), cada uno de los conceptos enumerados, estableciendo las referencias a los pronunciamientos concretos de los que se desprenden los rasgos diferenciadores de cada categoría de conducta, así como las consecuencias jurídicas que el Tribunal asocia a su existencia (aplicación de normas tributarias «eludidas», eventuales sanciones en casos de califica-

ción, o de simulación -posible reproche penal en este caso-, así como posibles sanciones también en el caso del régimen especial de reestructuraciones societarias, que el propio Tribunal Supremo ha admitido alguna vez bajo ciertas condiciones). La exposición incluirá las pertinentes apreciaciones críticas, poniendo especial énfasis en las contradicciones internas de la doctrina del Tribunal.

## **I. LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS COMO FORMA DE RECONducIR A LA LEGALIDAD SUS CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS**

### **I.1. EL SIGNIFICADO GENERAL DEL ACTO DE CALIFICACIÓN**

Dentro del proceso de aplicación de la norma tributaria, el acto de calificación constituye un ejercicio jurídico, complementario e inescindible de la interpretación, que implica el juicio acerca de la adecuación de una realidad concreta al presupuesto de hecho diseñado por la norma. De acuerdo con esta noción, tradicionalmente se ha venido identificando dicho acto con la determinación del sentido y alcance de los hechos, a fin de establecer las consecuencias jurídicas que el ordenamiento les apareja<sup>6</sup>. En esta línea se enmarca desde luego toda la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, respecto al sentido abstracto del término, incluida la de los últimos cinco o seis años, que constituye el objeto de nuestro análisis.

Conviene reparar, sin embargo, en que la labor de calificación así definida abarca un terreno muy amplio, pues la apreciación de los hechos implica un juicio también acerca de su correspondencia con la realidad declarada por las partes (posible existencia de simulación), así como sobre la idoneidad de las formas empleadas por los contratantes en relación con el resultado jurídico sustancial derivado de su actuación (constatando un eventual artifi-

---

(6) Sirva como exponente del significado que la jurisprudencia atribuye en abstracto al acto de calificación, la siguiente afirmación de la STS 20-2-2012 (rec. 6086/2008, I.1.1): «En el caso analizado, no se trataba de poner de manifiesto la existencia de una fórmula negociada que, amparada en un precepto legal, se hubiera llevado a cabo para eludir o minorar la tributación efectiva. No fue preciso, por ello, fijar la norma eludida ni la aplicable al caso concreto; la Administración se limitó a fijar el sentido y el alcance de las operaciones, y con ello sus consecuencias tributarias para las partes implicadas» (FJ 3º).



cio o abuso de las formas)<sup>7</sup>. Así de extenso se presenta el horizonte cuando de lo que se trata es de subsumir en el presupuesto de una norma jurídico tributaria los hechos que han de servir de base a su aplicación. Esta labor calificadora, inscrita como se ha dicho en el núcleo del proceso interpretativo, se ve directamente afectada, pues, por las condiciones impuestas a su realización en algunos casos concretos desde la propia LGT. Nos referimos sobre todo a las situaciones en que, como resultado del acto de calificación, se pone de manifiesto la presencia de los elementos propios del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, circunstancia que exige del órgano aplicador del precepto un trámite específico, y que reduce asimismo la posibilidad de imponer sanciones a las hipótesis expresamente previstas<sup>8</sup>.

Como constatación de carácter general, en relación con la jurisprudencia que sirve de base a nuestro trabajo, cabe apreciar que el Tribunal Supremo no siempre actúa de manera consecuente con la existencia de esas limitaciones legales. De hecho, creemos que demasiadas veces no las tiene en cuenta. En sus pronunciamientos de los últimos años encontramos algunos ejemplos de ello, a los que más adelante se hará referencia, si bien en su mayor parte referidos a situaciones reguladas por la normativa previa, donde la función del conflicto en la aplicación de la norma se atribuía a un instituto distinto, con características similares: el fraude a la ley tributaria. En particular, son frecuentes los casos donde el Tribunal Supremo admite la calificación de los hechos, sin exigir especiales formalidades ni reconocer res-

---

(7) Así lo hacíamos constar en nuestro trabajo antes citado: «Una vez que, a través de la labor calificadora, se ha puesto a la luz el contenido auténtico de los hechos, actos o negocios a los que debe aplicarse la norma, aún es preciso considerar un último aspecto de la realidad jurídica creada por las partes, antes de culminar el proceso tendente a determinar sus consecuencias tributarias. Se trata de comprobar si los actos o negocios celebrados, considerados de forma individual o en su conjunto, son idóneos para la consecución de los resultados jurídicos que con ellos quedan establecidos». Cfr. GARCÍA BERRO, F.: *ob. cit.*, pág. 86.

(8) Como es sabido, inicialmente tanto la LGT/1963 como la LGT vigente excluían la imposición de sanciones cuando la regularización se llevase a cabo mediante la apreciación de conductas en fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma. A partir de la entrada en vigor de la Ley 34/2015 (22-10-2015), como antes recordábamos, se contempla la posibilidad de sancionar, de acuerdo con el nuevo art. 206 bis LGT, cuando se acredite igualdad sustancial de la conducta objeto de regularización con otros supuestos sobre los que se hubiera establecido previamente un criterio administrativo, habiendo sido éste hecho público.

tricción alguna en sus consecuencias punitivas, pese a que para ello sea necesario aceptar que la actuación de las partes se ha llevado a cabo de manera artificiosa, por lo que la calificación va más allá de la mera subsunción de los negocios celebrados en el presupuesto de la norma en función de sus características formales.

No obstante, con objeto de respetar el orden lógico de la exposición, conviene dejar constancia en primer lugar de aquellas muestras de la doctrina del Tribunal que ejemplifican a nuestro juicio a la perfección las condiciones en las que la simple labor de calificación ha de desenvolverse. Claramente en esa línea, en cuanto se atribuye al acto de calificación la misión de determinar el sentido y alcance objetivo de las relaciones surgidas de las formas jurídicas regularmente empleadas, con independencia de la denominación que las partes hayan dado a sus actos, y de sus pretensiones al llevarlos a cabo, se encuentra la solución de la STS de 10-4-2012 (rec. 1208/2008, I.1.3). En su virtud, la plusvalía derivada de una donación modal se considera producida en parte a título lucrativo y en parte a título oneroso (debiendo tributar cada tramo de la misma según el régimen correspondiente, en función de la causa que la origina), en consonancia con la naturaleza mixta (lucrativa y onerosa) del negocio determinante de la transmisión. Se rechaza por tanto la pretensión de los intervinientes, para quienes el negocio debía considerarse, a efectos tributarios, celebrado en su integridad a título lucrativo. Para alcanzar la solución expuesta, el Tribunal razona de la siguiente forma:

*«[N]os encontramos ante un negocio jurídico complejo, pues en esta clase de donaciones el ánimo de liberalidad no afecta a todo el importe donado, por lo que difícilmente se puede afirmar el carácter de donación auténtica, ni tampoco el carácter exclusivo de negocio oneroso.*

*Estamos ante un acto mixto, siendo de aplicación el artículo 622 del Código Civil (por las reglas de los contratos) hasta la concurrencia del gravamen y las reglas de la donación en cuanto al exceso de liberalidad. Por tanto, el desdoblamiento del artículo 622 se debe aplicar siempre que se pueda fijar y valorar la parte onerosa y la lucrativa, y que es lo que nos permite que a un mismo incremento de patrimonio se le aplique simultáneamente las reglas del incremento patrimonial oneroso y del incremento lucrativo» (FJ 6º.5).*

*«Por consiguiente, el criterio procedente es, partiendo del artículo 25 LGT/1963 considerar que un negocio es oneroso en la medida que resulten prestaciones equivalentes para ambas partes y lucrativo cuando, respondiendo a la mera liberalidad del donante, la ventaja o utilidad que resulta para el donatario no tiene contraprestación de éste» (FJ 7º.2).*

Como se puede apreciar, el ejercicio de calificación se limita en este caso a la constatación de la naturaleza del negocio, sin poner en duda que haya

sido regularmente celebrado (esto es, no se discute que estemos ante la forma jurídica adecuada al resultado producido), y cuestionando únicamente las consecuencias tributarias pretendidas por las partes, por no acomodarse bien al carácter mixto de la realidad jurídica resultante de su actuación.

Inscrita en la misma línea anterior, aunque el razonamiento exija quizá un punto más de complejidad, opinamos que puede considerarse la STS de 20-2-2012 (rec. 6086/2008, I.1.1). En ella se admite una calificación discrepante de la Administración tributaria (libre de las restricciones procedimentales y punitivas propias de los supuestos de fraude o conflicto) en relación con una determinada realidad jurídica que se estima formalmente distinta de la que los interesados pretendían haber establecido. Se trataba en concreto de calificar una fórmula negocial en cuya virtud un deportista profesional cedía sus derechos federativos a una entidad no residente, la cual se constituía en acreedora de la contraprestación satisfecha por la adquisición de tales derechos por parte de la entidad deportiva empleadora del deportista. La solución del Tribunal, que considera el cobro por la entidad no residente cesionaria como una mera mediación en el pago, y al deportista como único perceptor material del rendimiento de la operación, implica a nuestro juicio el reconocimiento de una íntima vinculación de la retribución de los derechos federativos con la propia relación laboral, razón por la que se entiende que su cesión a un tercero (siendo posible y legítima), más que una traslación del derecho a la entidad cesionaria, implica la mera asunción por ésta de la recaudación de los ingresos que derivan de su retribución.

Para admitir el mero ejercicio de calificación en el caso que se acaba de exponer, es preciso entender que, de la misma forma que en el supuesto anterior (donación modal), la discrepancia del órgano que aplica la norma reside en su distinta apreciación del instrumento que daba soporte formal a la realidad jurídica material creada por las partes. De acuerdo con la sentencia, el contrato de cesión de los derechos federativos sería jurídicamente idóneo para obtener el resultado material derivado del mismo, pero dicho resultado no habría sido transferir su titularidad desde el deportista a la entidad cesionaria (como pretendían haber hecho las partes), sino encomendar a ésta la gestión del cobro de la contraprestación<sup>9</sup>. La causa de dicha contrapresta-

---

(9) Esta calificación de los efectos del contrato es directa aplicación del criterio general expresado en sentencias previas por el propio Tribunal con respecto a la naturaleza de los derechos federativos. Nos referimos, entre otras, a las SSTS de 5-5-2011 (rec. 796/2007)

ción, sin embargo, no dejaría de hallarse en el contrato laboral celebrado entre el deportista y su empleador. Bajo este criterio, la calificación no cuestiona que la realidad material creada sea la que el contrato tiene por objeto establecer. De haberse discutido este hecho, la controversia se habría situado en el plano del fraude a la ley o conflicto en la aplicación de la norma, pues hubiera implicado sostener que la sustancia jurídica de la realidad creada no se correspondía con la propia de los negocios formalmente celebrados. Por el contrario, de acuerdo con la sentencia, el acto de calificación no entra a enjuiciar la adecuación de la forma empleada al contenido material de las relaciones jurídicas entabladas a través de ella. La actuación jurídica de las partes no deja de reconocerse plenamente legítima y acomodada al contenido material de las relaciones que con ella se establecen; lo que se cuestiona por el órgano administrativo (y por el Tribunal Supremo en último término) es la proyección externa de ese contenido, a través de sus consecuencias tributarias, al considerar que la realidad material derivada del contrato no es la que las partes pretenden haber instaurado.

## **I.2. EL DISCUTIBLE USO DEL PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN ANTE CONDUCTAS ARTIFICIOSAS**

La concepción expuesta del Tribunal, admisible en el caso que se acaba comentar, parece reproducirse en otra sentencia posterior cercana en el tiempo: la STS de 11-10-2012 (rec. 3278/2009, I.1.2). No obstante, aunque el esquema jurídico formal establecido por las partes parezca en este caso similar al de la relación anterior, no cabe aquí a nuestro juicio una lectura equiparable de ambas. El objeto de la cesión en este caso son los derechos de imagen del deportista, cuya explotación se atribuye mediante contrato a una entidad, la cual a su vez conviene con un cliente la utilización por éste de la imagen del deportista con fines comerciales a cambio de una contraprestación. El Tribunal extrae consecuencias similares a las del supuesto anterior: el negocio de cesión no convertiría a la entidad cesionaria en

---

y a la STS de 19-1-2012 (rec. 148/2009), que se remite a ella. Esta última reconoció que la retribución de los derechos federativos a la entidad cesionaria constituía una renta para ésta y no para el deportista (solución por tanto aparentemente contraria a la de la sentencia que ahora comentamos); pero lo hizo porque dicha entidad cesionaria era en aquel caso la entidad deportiva de procedencia del deportista, con la que éste había mantenido una relación laboral previa que justificaba la titularidad de los derechos, y no una mera cesionaria del derecho de cobro, como sucede en el caso objeto de comentario.

acreedora de la retribución que el cliente satisface por ciertas prestaciones personales que necesariamente han de ser realizadas de manera directa por el deportista. Dicha retribución se considera percibida por éste, sin más consideraciones.

Sin embargo, a diferencia de la situación contractual recién expuesta, en el caso que servía de base a la decisión anterior la cesión de los derechos federativos parecía considerarse por el Tribunal indisociable de la relación jurídica entre el deportista y la empresa que lo contrataba laboralmente. El derecho de imagen posee, en cambio, una incuestionable autonomía que permite sin reparos su cesión a un tercero. El ejercicio de calificación va pues en este otro caso necesariamente más lejos. Concluir, como hace la sentencia, que la contraprestación satisfecha por el cliente tiene su causa en una relación material subyacente entre éste y el deportista, no se corresponde con la realidad formal del contrato comercial, cuyas partes son únicamente la entidad cesionaria y el cliente. A diferencia del supuesto anterior, ningún vínculo formal une al deportista con la empresa que satisface la contraprestación por el aprovechamiento de su imagen. Por eso, la conclusión de que la retribución se percibe directamente por el deportista requiere el examen de un conjunto de prestaciones incluidas en un contrato complejo, que tiene como únicas partes a la cesionaria de los derechos de imagen y a la empresa cliente, con objeto de revelar el «artificio contractual», según el término que emplea la propia sentencia. Dicho artificio (la inclusión en el contrato comercial de servicios personales a cargo del deportista, que no es parte en él) perseguiría atribuir a la entidad cesionaria de los derechos de imagen unos ingresos cuya causa es la retribución de actividades de carácter profesional directamente realizadas por el deportista, por lo que cabe entender que el soporte contractual idóneo de esa retribución hubiera sido un contrato específico de arrendamiento de servicios profesionales entre éste y el cliente. En resumidas cuentas, parece que en este caso el Tribunal Supremo entendió que, mediante la cesión de los derechos de imagen y la posterior contratación de servicios relacionados con la explotación de tales derechos, se estaba interponiendo una entidad (la entidad cesionaria de los derechos), a efectos de la prestación de los servicios personales vinculados a la explotación de la imagen, evitando así que los mismos fuesen contratados por su prestador material, que en este caso era el propio deportista.

La pregunta, a la vista de esta variante del principio de calificación, es si no se está desdibujando, mediante un entendimiento excesivamente amplio

de las posibilidades de la simple calificación jurídica, la función que el ordenamiento reserva a un instituto como el fraude a la ley (actual conflicto), previsto *ex professo* para abordar la solución de los supuestos donde se constata una utilización artificiosa de formas jurídicas, es decir, para fines que exceden la función natural que el ordenamiento les atribuye (como ocurriría con la contratación indirecta de unos servicios personales a través de una sociedad interpuesta perteneciente al profesional). Si la contratación de los servicios con la entidad cesionaria de los derechos de imagen no es el cauce regular que el derecho contempla a tal fin, y los efectos jurídicos o económicos derivados de hacerlo así, abstracción hecha del pretendido ahorro fiscal, no difieren de los que se hubieran producido efectuando la contratación de manera directa entre el profesional y el cliente, parece que nos hallamos en presencia de un claro supuesto de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el vigente art. 15 LGT. En consecuencia, no encontramos razones para no exigir la evacuación del preceptivo informe y excluir la imposición de sanciones, de acuerdo con el citado precepto.

Pero si abordar el caso recién descrito mediante un acto de calificación simple, prescindiendo de cualquier trámite adicional basado en el art. 15 LGT, plantea serias dudas, más discutibles aún resultan otras muestras de jurisprudencia donde se respalda igualmente este modo de proceder. Así nos lo parece en relación con los casos que se sitúan en el origen de las SSTs de 26-4-2012 (rec. 140/2008, I.1.4), 14-12-2016 (rec. 3942/2015, I.1.6) y 15-2-2017 (rec. 260/2016, I.1.7). En la primera de ellas se prescinde de la existencia de una serie de operaciones societarias de aumento y reducción de capital, por constatarse que con ellas se pretendía únicamente generar de forma artificiosa una pérdida patrimonial en el IRPF del socio único, puesta de manifiesto al transmitir éste su participación social<sup>10</sup>. La solución, esto es, la negación de que exista pérdida alguna, parece basarse en apreciar que nos encontramos ante una manifestación de los llamados «negocios indirectos»<sup>11</sup>, lo que permitiría tratar la realidad creada de

- 
- (10) Cierta similitud con el caso expuesto guarda el que resuelve la STS de 18-6-2012 (rec. 4397/2009, I.1.5), donde un examen del contenido (aportación de fondos por una entidad a otra de la que es única socia, con el propósito declarado de compensar pérdidas, no aplicándose finalmente a dicha finalidad, y siendo objeto de devolución posterior a la aportante) puede poner de relieve la obtención de los efectos propios de una operación de préstamo a través de una operativa societaria cuya función natural sería bien distinta.
- (11) Solución parecida, por otra parte, a la que había ofrecido la STS de 9-2-2012 (rec. 4612/2008, IV.1.1).

acuerdo con su «verdadera naturaleza» sustancial, prescindiendo de los negocios formales celebrados para establecerla (las operaciones societarias previas de aumento y reducción del capital):

*«Por ello, efectivamente, y en contra de lo que sostiene la parte recurrente, la calificación de una determinada operación puede ser llevada a cabo por la Administración, así como por la sentencia que se dicte con posterioridad, en su caso, no sólo en los supuestos de simulación (artículo 25 de la Ley General Tributaria [1963]) y fraude de la Ley (artículo 24 de la Ley General Tributaria [1963]), sino además cuando no responda a la verdadera naturaleza de las prestaciones (artículo 28.2 de la Ley General Tributaria [1963]), tal como ocurre con los negocios indirectos, en los que la forma de los negocios jurídicos es una mera formalidad externa al servicio de la real finalidad pretendida por las partes» (FJ 6º.2).*

Con todo, parece que la solución dada a este caso por la sentencia en cuestión sólo sería admisible en el marco de la norma sobre fraude a la ley recogida en la LGT/1963 (aplicable a la sazón en el caso enjuiciado), dado que el propio Tribunal Supremo ha afirmado que, una vez derogada ésta, el vigente art. 15 LGT, regulador del conflicto en la aplicación de la norma, abarcaría los supuestos de negocios indirectos, los cuales en consecuencia requerirían también, desde la entrada en vigor de este precepto, la observancia de las formalidades previstas en él para su declaración (en particular, el preceptivo informe favorable de la Comisión a que se refiere el art. 159 LGT)<sup>12</sup>. De hecho, en un caso con evidentes similitudes, de reducción del capital con la finalidad de incrementar la cuenta de reservas voluntarias para su posterior reparto como dividendo, y de simultánea ampliación de capital (restituyéndolo a su cifra original) con cargo a reservas constituidas al amparo de una revalorización legal, la STS de 3-7-2014 (rec. 1512/2013, III.4.2) estimó necesario que se hubiese tramitado un procedimiento de fraude a la ley tributaria, al estar basada la calificación administrativa en el carácter artificioso de las operaciones realizadas:

*«En definitiva, la liquidación de la Inspección declara el fraude de ley (en sentido sustantivo) sin haberlo declarado (en sentido formal), esto es, sin haber observado la exigencia legal de seguir el procedimiento contradictorio necesario para llevar a cabo dicha declaración, conforme a lo establecido en el artículo 24.1 LGT de 1963» (FJ 2º).*

Los otros dos casos aludidos representan igualmente a nuestro modo de ver el reconocimiento jurisprudencial de una facultad calificadora exorbitante (respaldada en ambos casos por el Tribunal Supremo). En la STS de 14-12-2016 (rec. 3942/2015, I.1.6) se enjuiciaba un supuesto de enajena-

---

(12) Véase por todas, en tal sentido, el FJ 3º3e de la STS de 30-5-2011 (rec. 1061/2007, II.1.1).



ción de valores, con posterior reinversión del importe obtenido en participaciones de una entidad que previamente se había hecho con los mismos títulos enajenados. Dado que la única finalidad de las operaciones celebradas era aprovechar el beneficio fiscal por reinversión (manteniéndose la titularidad *material* sobre los mismos valores), el órgano administrativo consideró tal reinversión como no producida (con el respaldo del Tribunal Supremo en último término) y denegó la deducción aplicada por tal concepto<sup>13</sup>. Por su parte, la STS de 15-2-2017 (rec. 260/2016, I.1.7) acepta que se prescinda de las operaciones societarias por las que una sociedad había situado otra sociedad interpuesta como titular de la actividad empresarial que hasta entonces venía ejerciendo la primera, con objeto de convertirse ésta en sociedad patrimonial y beneficiarse de dicho régimen en la transmisión de dos inmuebles. A nuestro juicio, en ambos pronunciamientos se prescinde también de las operaciones jurídicas que sin duda habían llevado a efecto las partes, para atender a la realidad sustancial creada a través de ellas (inexistencia de verdadera reinversión, o mantenimiento de la titularidad material sobre la actividad económica), lo que implica reconocer que dichas operaciones eran inadecuadas o impropias a tal fin. El problema es que no se tramita a tal efecto el informe previsto en el art. 15 LGT, e incluso en el caso de la STS de 14-12-2016 (rec. 3942/2015, I.1.6) se aplican sanciones, en contra de la prohibición expresa del citado precepto, si bien las mismas fueron dejadas sin efecto por la sentencia al apreciar que faltaba un juicio razonable de culpabilidad.

Parecidas observaciones merecen, por último, las soluciones de las SSTs de 24-4-2012 (rec. 159/2008, I.1.8) y 7-6-2012 (rec. 3959/2009, I.1.9), representativas estas dos últimas de otros tantos episodios de lavado de cupón y de lavado del dividendo, respectivamente (aprovechando sendas normas de exención de los intereses o de los dividendos percibidos). Aunque con alguna variante, en los dos pronunciamientos referidos se concluye que la pérdida patrimonial obtenida (como consecuencia del menor valor que los títulos tienen inmediatamente después del pago de los intereses o del re-

---

(13) No parece ocioso señalar que la STS de 12-2-2018 (rec. 3157/2016) sí ha considerado suficiente para materializar la reinversión una ampliación de capital realizada por el propio sujeto pasivo, recibiendo una aportación no dineraria consistente en participaciones superiores al 5 por 100 del capital de otra sociedad, si bien en este caso ambas entidades eran operativas. La STS de 23-3-2017 (rec. 611/2016), en cambio, rechaza que el destino de la reinversión sea una verdadera inversión productiva, pues consistió en la aportación de un inmueble en la constitución de una sociedad que carecía de actividad económica.

parto del dividendo) es inexistente a efectos fiscales<sup>14</sup>. Se prescinde, pues, también en estos casos de la realidad jurídica formal, que implicaba la existencia de una pérdida por comparación entre valores de adquisición y de enajenación, lo que hubiera exigido a nuestro modo de ver reconocer el carácter artificioso de los negocios celebrados y, por ende, tramitar el procedimiento específico de fraude a la ley previsto en el art. 24 LGT de 1963, vigente en el momento de los hechos. Lo más sorprendente es que la propia sentencia de instancia, y el Tribunal Supremo al respaldarla, parecen reconocerlo así en uno de los casos, si bien inexplicablemente se eluden las exigencias del precepto, dándose por buena una alusión imprecisa de aquélla a la posibilidad de sustituir su aplicación por una «adecuada calificación de los hechos e interpretación de la normativa aplicable»<sup>15</sup>:

*«En definitiva, se llevan a cabo operaciones, que si bien de su legitimidad y adecuación al Derecho privado no cabe cuestionar (sic), para encubrir el fin último, que no es otro*

- 
- (14) En ambos supuestos la controversia es similar a la que suscitaron en su momento las enajenaciones de los llamados bonos austríacos. En relación con esta jurisprudencia, puede consultarse el trabajo de FALCÓN Y TELLA, R.: «Los "bonos austríacos": algunas consideraciones sobre la reforma del convenio de doble imposición», *Quincena Fiscal*, núm. 19 (1995). Al respecto, tuvimos ocasión de expresar nuestra opinión crítica ante la solución ofrecida por el Tribunal Supremo entonces, en la misma línea de ahora (vid. GARCÍA BERRO, F., ob. cit., págs. 59-60): «Para rechazar la existencia de minusvalía, cuando la transmisión se lleva a cabo por un precio inferior al de compra, el Tribunal se apoya en los resultados económicos globales de la operación, prescindiendo del significado jurídico de los términos que la Ley emplea para delimitar la renta sometida a gravamen -valor de adquisición y valor de transmisión-. Ello supone aceptar los resultados propios del método de la interpretación económica. Ya se ha razonado por qué esta forma de operar supone una distorsión del proceso jurídico-interpretativo, amén de encontrarse proscribita por la normativa tributaria vigente».
- (15) En efecto, los razonamientos de la sentencia de instancia (transcritos por el Tribunal Supremo en el FJ 7º del pronunciamiento que comentamos) suponen como decimos un reconocimiento explícito de que se aplica el principio de calificación, eludiendo así los imperativos procedimentales del art. 24 LGT/1963: «*La explicación razonable que justifica la interposición de la residente para el cobro del dividendo, es la ocultación del verdadero titular de las acciones en el momento del cobro del mismo, con el efecto de evitar la tributación en España por dicho dividendo, obteniendo su importe en virtud de un concepto no sujeto a gravamen en nuestro país y eludiendo el pago de un impuesto. **Esto, sitúa la operación en la órbita del fraude de Ley (art 24 de la Ley General Tributaria, 230/1963, del 28 de diciembre)**. No obstante, tal figura no procede cuando mediante una adecuada calificación de los hechos e interpretación de la normativa aplicable, se evita la elusión intentada, tal y como recoge la doctrina establecida por el Tribunal Económico-Administrativo Central (RR de 11 de junio de 1999, 10 de septiembre de 1998 y 22 de mayo de 1991) (...)» (la negrita es nuestra).*

*que lograr una ventaja fiscal como ha quedado dicho. Sin que quepa hablar de enriquecimiento injusto, en tanto que no se hace más que aplicar las consecuencias fiscales atendiendo al verdadero negocio realizado» (FJ 7º).*

Como se ve, pues, el denominador común de este grupo de decisiones, aparte de sustentarse todas ellas en el principio de calificación de los hechos, es la evidencia de que la aplicación de la norma por el órgano administrativo implica prescindir de los actos o negocios formalmente realizados, con objeto de establecer las consecuencias de la actuación de las partes en función de una realidad jurídica sustancial distinta subyacente a los mismos. Lo cual, a primera vista, hubiera requerido ajustarse a los cauces legales exigidos para abordar situaciones de fraude a la ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria, sin que queden expresadas de manera convincente por el Tribunal las razones por las que se elude su observancia (al menos, nosotros no acertamos a encontrarlas).

### **I.3. UNA DERIVADA INESPERADA: LA RESERVA EN EXCLUSIVA DE LA FACULTAD DE CALIFICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN**

Precisamente esta manera de razonar ha obligado recientemente al Tribunal Supremo a formular una conclusión que, a nuestro juicio, restringe de modo inaceptable la función del principio de calificación, configurándolo como prerrogativa de los órganos administrativos. En este sentido, según la STS de 26-5-2016 (rec. 60/2015, I.2.1), la facultad de calificación prevista en el art. 13 LGT corresponde en exclusiva a la Administración, no pudiendo invocarse por el contribuyente para reconducir las consecuencias tributarias de sus propios actos u operaciones. A nuestro modo de ver, se olvida de esa forma que la calificación está al servicio del derecho (no de la Administración), forma parte del proceso de interpretación-aplicación y, como tal, corresponde llevarla a cabo a cualquier operador jurídico que haya de aplicar la norma, incluyendo al contribuyente que efectúa una autoliquidación o que, al advertir un error de derecho en su autoliquidación previa, pretende su rectificación<sup>16</sup>. En el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo llega a la solución correcta, pero entendemos que lo hace por un camino equivocado.

---

(16) Creemos que ha de ser así, incluso cuando el contribuyente haya utilizado formas jurídicas impropias, que no se adecuen a la verdadera sustancia jurídica de la realidad que con ellas ha sido establecida. Por tanto, en pura teoría, la rectificación de la calificación sería procedente, a nuestro juicio, incluso ante supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria «a la inversa», es decir, cuando el gravamen correspondiente a las for-

Expuestos de manera muy sucinta, los hechos del caso son los siguientes: una entidad, cuyo patrimonio real se ha llegado a situar muy por encima de su cifra de capital, amplía dicha cifra, multiplicándola de manera importante, con objeto de aproximar ambas magnitudes; a tal efecto, se emiten acciones sin prima (que son suscritas por los socios mediante el desembolso de su nominal, muy inferior al valor real de cada título); poco tiempo después, los socios transmiten la totalidad de su participación a un tercero, produciéndose una importante ganancia patrimonial gravada en el IRPF, pues la mayor parte de los títulos transmitidos corresponden al paquete resultante de la reciente ampliación (por lo que no resultan aplicables los coeficientes reductores previstos en la normativa del citado impuesto, limitados a ganancias procedentes de títulos adquiridos antes del 31-12-1994). Ante esta situación, la pretensión de los interesados es que se modifique la «calificación» de la ampliación de capital, considerando que la misma, atendiendo a la función jurídica de esa operación societaria, hubiera exigido la fijación de una prima de emisión a los nuevos títulos. La respuesta del Tribunal, como se ha dicho, es que la calificación prevista en el art. 13 es una facultad reservada en exclusiva a la Administración:

*«El principio de calificación se enmarca en las facultades que el ordenamiento tributario ofrece a la Administración para exigir el tributo al sujeto pasivo cualquiera que sea la forma o denominación que hubiera utilizado, si bien no permite al propio interesado huir de la propia calificación que él mismo ha dado a los hechos, actos o negocios que*

---

mas jurídicas usadas (impropias del resultado jurídico sustancial producido) sea mayor, y no menor, que el que hubiese correspondido empleando los actos u operaciones propios o naturales con arreglo a derecho. Posibilidad obviamente poco verosímil en la práctica, pero que podría obedecer a un error del contribuyente, y donde para revisar la calificación no se precisaría ningún trámite especial, pues no concurrirían todos los presupuestos previstos en el art. 15 LGT a tal efecto (en particular, el uso de formas impropias o artificiosas no podría dar lugar a ningún ahorro fiscal). También sería posible eventualmente que las partes hubieran pretendido un negocio artificioso para lograr los efectos usuales o propios de otro, y que su error haya consistido en celebrar un tercer negocio, también artificioso, pero distinto del que hubiera respondido a su propósito. De ser así, aunque se rectificase la calificación, ésta llevaría a establecer el gravamen con arreglo al negocio usual o propio adecuado a la realidad jurídica sustancial que las partes han establecido, y no atendiendo al negocio artificioso que las partes pretendían, pero no han llegado a celebrar. Y obviamente, para ello no haría falta tampoco ningún trámite especial: primero porque la revisión de la calificación no se promovería por la Administración, y segundo porque no concurrirían los presupuestos del art. 15, pues el negocio formalmente celebrado, de haberse aceptado su idoneidad, no habría evitado la realización del hecho imponible ni minorado la base o la deuda tributaria (pues debido al error, no se llegó a celebrar formalmente el negocio artificioso determinante del ahorro fiscal).

*se cuestionan. El principio de calificación se configura como una facultad de la Administración que la Ley le atribuye, y le permite, a efectos tributarios, determinar la existencia del verdadero hecho imponible y su concreción, con independencia de la forma o denominación que las partes le hubieran dado. Pero éste no se configura como un principio cuya aplicación pueda ser directamente exigido por el obligado y que le permita alterar la calificación que en su día le dio a la operación realizada, con las consecuencias inherentes a efectos tributarios» (FJ 5º).*

A nuestro juicio, sin embargo, siendo el resultado final de la sentencia básicamente correcto, como ya se ha dicho, la solución se alcanza por una vía impropia. Un correcto desarrollo argumental no tenía por qué implicar la negación de la facultad de calificación, inexcusable para deducir los efectos de las normas, a particulares que, sin ser Administración, en un momento u otro actúan necesariamente como aplicadores del derecho. La clave a tal efecto se encuentra en apreciar que lo que pretenden los interesados en su solicitud de rectificación no es reconducir la calificación de los hechos, esto es, que se prescinda de la denominación dada a los mismos para calificarlos de acuerdo con su verdadera naturaleza. A nuestro modo de ver, los hechos en este caso eran los que eran, respondían a la calificación inicial dada por las partes (ampliación de capital con emisión de acciones sin prima), y habían producido ya las consecuencias tributarias que el ordenamiento les asociaba. Otra cosa es que los interesados hubieran errado al ejercer su «opción», configurando jurídicamente la operación realizada de la forma más gravosa para sus intereses. Bajo esta perspectiva, no se podía pretender a *posteriori* que, siendo la operación realizada perfectamente válida para cumplir el resultado producido, se prescindiera de ella a efectos tributarios, aplicando a la misma los efectos propios de una operación distinta con tributación más favorable, por mucho que esta otra hubiese sido también apta para desplegar resultados jurídicos equivalentes. Esto es lo que, a nuestro juicio, debería haber aclarado la sentencia, y ello hubiera hecho innecesario rechazar en abstracto que los interesados puedan llevar a cabo la rectificación de los hechos mediante una revisión de la calificación dada originalmente a los mismos, facultad que, entendemos, está implícita de modo inexcusable en el proceso de aplicación de las normas que el ordenamiento en ciertas ocasiones encomienda a los particulares.

#### **I.4. PRIMERAS SENSACIONES ANTE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CALIFICACIÓN TRIBUTARIA**

Como conclusión de carácter general, el análisis de este conjunto de sentencias, dirigidas a perfilar el significado del principio de calificación, pro-

duce evidente insatisfacción. Resulta frustrante sobre todo, amén de lesivo también para la seguridad jurídica de los destinatarios de las normas, la sensación de que será inútil cualquier esfuerzo por descubrir en la doctrina del Tribunal Supremo un patrón fiable para predecir con la suficiente certeza cuándo nos encontramos ante un supuesto de operativa artificiosa (precisada de trámites específicos para su declaración de acuerdo con la ley), y cuándo en cambio se permitirá abordar su reconducción a la norma aplicable mediante un acto simple de calificación, prescindiendo de cualquier cautela procedimental añadida. La única conclusión relevante es que la mencionada en segundo lugar (la calificación simple) se vislumbra como la vía preferida ante situaciones de esta naturaleza, aunque muchas veces parece también considerarse intercambiable con la apreciación de simulación, con consecuencias que pueden ser aún más graves. Lamentablemente, el análisis crítico de la doctrina del Tribunal relativa a la delimitación de otras categorías elusivas no transmite mejores sensaciones, como enseguida se irá viendo.

## **II. EL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA**

### **II.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 15 LGTY SU RECEPCIÓN (ESCASA) EN LA JURISPRUDENCIA**

Como se apuntó en el apartado anterior, el acto de calificación debe incluir siempre al final un juicio acerca de la adecuación de las formas jurídicas usadas, esto es, de los contratos u operaciones celebrados, a la realidad jurídica sustancial derivada de su utilización. El resultado de este juicio debería ser fundamental para determinar las consecuencias tributarias aparejadas a la actuación de las partes. A tal efecto, conviene recordar lo dispuesto en el vigente art. 15.1 LGT:

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

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

Así pues, cuando el aplicador de la norma, en su necesario ejercicio de calificación, llegue a la conclusión de que los resultados producidos, o la re-



alidad sustancial establecida, no se corresponden con la función natural que el ordenamiento jurídico atribuye a los actos o negocios celebrados, si además a éstos corresponde una tributación más favorable que la prevista para los actos o negocios a los que el ordenamiento encomienda naturalmente el establecimiento de aquella realidad sustancial (y no habiéndose logrado resultados jurídicos o económicos distintos de los que hubieran producido estos actos o negocios «naturales o propios»), deberían desplegarse *todas* las consecuencias previstas en el art. 15 LGT. El empleo gramatical del modo potencial -«deberían»- no es casual, pues una de las características que, a nuestro juicio, marca toda la jurisprudencia objeto de análisis, es la resistencia del Tribunal Supremo a reconocer la aplicabilidad de las condiciones previstas para que el precepto en cuestión surta sus efectos, manteniéndose así muchas veces en la estela de una Administración tributaria proclive a regatear trámites «enojosos»<sup>17</sup>.

A tenor del art. 15.3 LGT, la apreciación del conflicto supondría la liquidación del tributo conforme a la norma aplicable a los negocios que, de acuerdo con el ordenamiento, puedan considerarse usuales o propios; sin embargo, dicha consecuencia, digamos, principal, viene por una parte condicionada a la observancia del trámite previsto en el art. 159 LGT (informe favorable de una Comisión consultiva *ad hoc*), y no puede, por otra, acompañarse de sanciones a la conducta de los contribuyentes (con la excepción regulada por el nuevo art. 206 bis LGT, que permitiría sancionar en ciertos casos, si bien al respecto no se dispone aún de jurisprudencia, dado lo reciente de su introducción). Pues bien, pese a la ya larga vigencia de esta regulación (1 de julio de 2004), es difícil encontrar ejemplos en los que el Tribunal Supremo haya corregido la actuación administrativa basándose en la ausencia del preceptivo informe favorable, incluso aunque a veces sí reconoce que las actuaciones materialmente llevadas a cabo responden a los perfiles del conflicto y que no se han observado las exigencias del art. 15 LGT. Todo lo más, en alguna ocasión, la apreciación de este hecho le ha llevado a anular las medidas sancionadoras impuestas<sup>18</sup>.

---

(17) SANZ GADEA, E. [«Medidas antielusión fiscal», *Instituto de Estudios Fiscales*, Documento núm. 8, (2009), págs. 221 y sigs.], aborda una síntesis de la evolución de esta práctica administrativa, desde el empleo de la categoría del negocio indirecto, como si fuera algo distinto del fraude de ley, hasta la inclinación posterior por la declaración de simulación.

(18) En este sentido, véanse más adelante las referencias incluidas en el texto a la STS de 16-12-2014 (rec. 3611/2013).



## II.2. EL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA COMO FIGURA MÁS AMPLIA QUE EL FRAUDE A LA LEY: INCLUSIÓN DE LOS NEGOCIOS INDIRECTOS

Antes de comprobar con algunos ejemplos la realidad de la situación que se acaba de exponer, conviene detenerse en un somero comentario de los pronunciamientos del Tribunal Supremo donde, si bien con escasa precisión respecto al significado de sus presupuestos concretos, se han apuntado algunas claves para delimitar las conductas reguladas en el art. 15 LGT. Fue, probablemente, la STS de 30-5-2011 (rec. 1061/2007, II.1.1) la que mejor reflejó el estado de cosas que llevó al legislador en 2003 a desterrar de la LGT el concepto de fraude a la ley tributaria, por los problemas que su aplicación había suscitado hasta entonces, y a regular una figura nueva, el conflicto en la aplicación de la norma, de perfiles similares, pero con matices diferentes en su formulación. La sentencia reconoció que, siendo figuras claramente distintas en el plano conceptual, el fraude a la ley regulado en el art. 24 LGT/1963 y la simulación habían sido objeto de frecuente confusión entre sí por la jurisprudencia. El hecho reseñado se constataba de manera especial en relación con una manifestación específica de simulación: la que tiene por objeto la causa del negocio. Vendría caracterizada esta modalidad de la conducta simulatoria por la divergencia entre el resultado del negocio y su función natural de acuerdo con el ordenamiento. Esta falta de correspondencia entre la sustancia jurídica de la realidad creada y el molde negocial usado habría llevado de modo frecuente a la Administración a apreciar en estos casos la ocultación de un elemento esencial del negocio, la causa, y a calificar como simulado el negocio en cuestión (con el respaldo de la jurisprudencia). Así describe el problema generado por esta confusión la citada STS 30-5-2011 (rec. 1061/2007, II.1.1):

*«Ahora bien, el problema surge especialmente en la simulación de la causa por su estrecha vinculación con la finalidad o propósito que las partes persiguen al celebrar un contrato. Así se considera que un contrato realizado no con el fin habitual o normal, sino para el logro de un resultado singular adolece de vicio en la causa, y al apartarse de la "causa típica" o carecer de ella merece la calificación de simulado, con simulación relativa o absoluta. Y es entonces cuando **se produce la confluencia y posible superposición entre fraude de ley y simulación, que dificulta extraordinariamente su distinción**, haciendo depender la consideración de una u otra figura, en cada caso concreto, de la labor de interpretación y de calificación que corresponde, primero, a la Administración tributaria y, luego, a los Tribunales» (FJ 3º). (la negrita es nuestra).*

Así pues, continúa relatando la sentencia, ante las dificultades que planteaba de ordinario la prueba de la simulación, la práctica administrativa recurrió a menudo también ante situaciones idénticas a la calificación de las

operaciones realizadas como «negocios jurídicos indirectos», lo que contribuyó a empañar aún más el panorama existente.

Vaya por delante que, en nuestra opinión, las dificultades apuntadas por esta sentencia se explican por la incapacidad de los patrocinadores de estas vías alternativas (la Administración y, en muchos casos, la jurisprudencia que respaldaba su modo de proceder) para razonar de forma convincente las diferencias conceptuales entre las conductas en fraude a la ley (que, como la propia sentencia señala, requerían un expediente específico y no podían ser objeto de sanción) y los pretendidos supuestos de simulación de la causa y de negocio indirecto (cuya declaración pretendidamente podía llevarse a cabo sin especiales trámites y con imposición de las correspondientes medidas sancionadoras). De hecho, el fragmento transcrito parece reconocer que el respeto de las exigencias legales para declarar el fraude a la ley quedaba fiado en la práctica poco menos que a la discrecionalidad del intérprete («haciendo depender la consideración de una u otra figura, en cada caso concreto, de la labor de interpretación y de calificación que corresponde, primero, a la Administración tributaria y, luego, a los Tribunales»). En todo caso, en ella se señalan las dificultades expuestas (con cita de la Exposición de Motivos de la LGT en este punto) como causa principal de que el legislador regulase la nueva figura del conflicto. Y no sólo eso, sino que, en coherencia con el propósito de la nueva norma, resuelta a superar las dificultades de aplicación de la figura del fraude de ley, la propia sentencia reconoce que el actual presupuesto del conflicto abarca tanto a las operaciones que, antes de su regulación, se podían considerar realizadas en fraude a la ley, como a los llamados hasta entonces negocios indirectos:

*«Esta cláusula genérica "antiabuso" o antielusión comprende los supuestos tradicionalmente considerados como fraude de ley y los denominados negocios indirectos, quedando, por el contrario, separada la previsión legal de la simulación en el artículo 16 LGT/2003» (FJ 3º).*

Esta conclusión de la sentencia está cargada de relevancia, pues anula la posibilidad de que en el futuro se siga actuando por la vía de la simple calificación en el caso de los llamados negocios indirectos. Ello no obstante, el problema práctico subsiste, porque no se ha explicitado que este mismo efecto aglutinador se haya producido también (así pienso que debería entenderse, si se acepta para el art. 15 LGT el fundamento expuesto) en relación con los supuestos de simulación de la causa. La práctica demuestra, sin embargo, que esta última categoría sigue empleándose con prodigalidad

por la Administración, con la aquiescencia de los tribunales, amparándose en la regulación independiente de la simulación por el art. 16 LGT.

### **II.3. SOLUCIONES CONTRADICTORIAS ANTE LA CONFLUENCIA DEL CONFLICTO Y LA SIMULACIÓN DE LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE**

Como venimos advirtiendo, aunque en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha hecho cierto intento por contribuir a precisar conceptualmente en la práctica el alcance del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, no nos consta que, al menos en el ámbito de la imposición directa, se haya llegado a considerar irregular la calificación de unos hechos como artificiosos (con la consiguiente aplicación de la norma eludida), por el hecho de haberse omitido el preceptivo informe favorable exigido en el art. 15.2 LGT. Existe más bien algún ejemplo de todo lo contrario, es decir, donde, pese a reconocerse que los contratos celebrados habían desplegado plena vigencia en el tráfico civil, mercantil y laboral, el Tribunal aprecia simulación en virtud de una supuesta ocultación «en el ámbito fiscal», y declara procedente por tanto la solución del caso de acuerdo con el art. 16 LGT, obviando así las exigencias previstas en el art. 15 del mismo texto legal para los supuestos de conflicto.

El supuesto concreto a que se ha hecho referencia se relaciona con la aplicación del IVA, aunque los mismos razonamientos se han invocado expresamente como razón de decidir por otras sentencias producidas en el ámbito de la imposición directa. En el caso aludido, es la STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012) la que considera simulado el contrato de arrendamiento del edificio de un hospital que la propia arrendadora había construido. El inmueble se cede a otra sociedad, creada expresamente para ser la explotadora directa del hospital, con el fin de poder la arrendadora deducir todo el IVA soportado en la construcción (que no habría sido deducible si la explotación de la actividad, al estar exenta, se hubiera llevado a cabo por ella misma). El Tribunal Supremo, como la Inspección, reconocen que el arrendamiento surte plenos efectos en el tráfico jurídico, pero aun así consideran que se trata de un negocio simulado, a efectos tributarios, por concurrir simulación de la causa. Para la sentencia, el examen detenido de los hechos pone de relieve que la voluntad de las partes, al celebrar el contrato, no era que éste cumpliera la función que le es connatural en el tráfico jurídico, sino ocultar a la Hacienda Pública la verdadera realidad («la exención que impedía la deducción»). Aprecia por tanto el Tribunal la existen-

cia de simulación en cuanto a la causa del negocio, inferencia que en sí misma resulta un tanto desconcertante, toda vez que para desvelar la supuesta ocultación basta y sobra el examen de los hechos declarados por el contribuyente:

*«El que la creación de la entidad [...] y el contrato de arrendamiento desde el punto de vista civil, mercantil o laboral generaran los efectos que de los mismos cabía esperar, desde la perspectiva que en este interesa, la tributaria, no salva la ocultación que se pretende en el ámbito fiscal mediante la creación de [...] y dicho contrato de arrendamiento, realmente no querido, y que sirve de pantalla para encubrir la finalidad perseguida, y que debe de conllevar los efectos que la Ley Tributaria reserva para los supuestos de simulación relativa, tal y como en este ha acontecido» (FJ 4º).*

El propio Tribunal, al valorar más adelante la procedencia de las sanciones impuestas, admite que, de acuerdo con su concepción del contrato simulado, éste puede responder también a las características propias de los negocios artificiosos, para los que el art. 15 LGT contempla un determinado régimen (necesidad de informe favorable de la Comisión consultiva e imposibilidad de aplicar sanciones). Sin embargo, el ámbito de este precepto se limitaría a contratos o negocios válidamente celebrados, lo que hace inviable su aplicación a operaciones simuladas:

*«El hecho de que en negocios simulados concurren las circunstancias a que se refiere el artículo 15 de la LGT no es susceptible de variar la naturaleza simulada del negocio. El artículo 15 exige negocios válidos lo que no sucede con los negocios simulados. Quiere decirse con ello que la simulación del artículo 16 no excluye la concurrencia de las circunstancias a que hace mención el artículo 15, bien que con una incidencia sobre el negocio absolutamente diferente. En el artículo 16, per se, o, por la concurrencia de las circunstancias que el artículo 15 menciona el negocio es simulado. Por el contrario, en el artículo 15 el negocio celebrado es válido» (FJ 6º).*

Circunloquio que, a nuestro entender, conduce a una confusión insuperable entre conflicto y simulación. Por otra parte, la sentencia parece dar a entender que el carácter artificioso o impropio del negocio, determinante de la simulación de la causa, es motivo de su subsunción en el presupuesto del art. 15 LGT y también al mismo tiempo de su exclusión del citado presupuesto. Concepción que vaciaría en gran medida (si no en toda su medida) el ámbito de este precepto, limitando su aplicación a negocios notoriamente artificiosos o impropios, cuya finalidad exclusiva sea el ahorro fiscal, pero donde la voluntad de las partes se corresponda con la causa del contrato u operación celebrados. Convendría que, en pronunciamientos futuros, el Tribunal Supremo explicase, con alguna mayor claridad, a qué tipo de casos se refiere exactamente, si es que entiende que existen casos. Por lo pronto, otras dos SSTS, ambas de 18-2-2015 (rec. 196/2013 y rec. 1203/2013) han

invocado directamente los mismos razonamientos para apreciar la simulación en supuestos conceptualmente similares, aunque referidos en este caso a la aplicación del Impuesto sobre Sociedades:

*«Hemos afirmado recientemente en Sentencia de 12 de noviembre de 2014, que no toda operación artificiosa requiere acudir al procedimiento en fraude de ley, pues si las formas artificiosas empleadas son meramente formales, es decir, carecen de causa, estamos en presencia de negocios inexistentes cuyo desconocimiento no exige acudir al procedimiento de fraude de ley» (FJ 6º).*

Finalmente, en la línea de la jurisprudencia que se acaba de exponer, el ATS de 5-7-2017 (rec. 1380/2017) declara inadmisibile, por ausencia de interés casacional, el recurso de casación planteado contra la SAN de 20-1-2017 (rec. 263/2015), donde se resolvía en sentido idéntico al de la ya referida STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012).

Por fortuna, no faltan destellos en la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo que permiten mantener alguna esperanza de cambio en la doctrina expuesta (escasa, hay que decirlo, pero eso no pasa de ser una apreciación subjetiva de quien esto escribe). La misma STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012) contiene un voto particular (suscrito por dos magistrados) en el que, tras reconocer que existe una confusión importante que afecta a la delimitación de las categorías elusivas (simulación y conflicto), y teniendo en cuenta que el art. 15 LGT excluía la aplicación de sanciones en los casos de conflicto en la aplicación de la norma, afirma que en el caso enjuiciado (arrendamiento a persona interpuesta para la explotación de un hospital con la finalidad de deducirse el IVA por el arrendador) no deberían haberse derivado consecuencias sancionadoras, con mayor razón porque faltaría una base sólida a tal efecto, tal y como exige el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los supuestos de abuso del derecho. Se invoca, en este sentido, la STJUE de 21-2-2006, C-255/02, asunto *Halifax*:

*«[L]os arts. 15 y 16 de la LGT presentan la suficiente ambigüedad como para excluir que pueda sancionarse la conducta que es objeto de análisis en el presente recurso. Así ateniéndonos al supuesto que analizamos, nos encontramos con operaciones ficticias que a pesar de ello han tenido un normal desarrollo en el tráfico jurídico desde la perspectiva civil, mercantil y laboral, que presentan una patología en la causa del negocio pues la causa de las mismas no se corresponde con la verdadera voluntad de los intervinientes, lo que conlleva el restablecimiento de la situación fiscal tratada de eludir, que la Sala de instancia ha definido como simulación relativa pero que ofrece serias dudas sobre si su correcto encuadramiento debió hacerse dentro del artº 16 de la LGT, -tal y como se nos ofrece en la normativa aplicable no aparece con la claridad que la ocasión demanda o que los supuestos de simulación relativa no tengan su acomodo en el artº 15 de la LGT- como se ha hecho por la Sala de instancia, como un caso de simulación de los contemplados en dicho precepto, o en el artº 15 de la LGT, como un supuesto de conflicto en*

*la aplicación de la norma, lo que nos lleva a cuestionar la claridad de esta regulación en determinados casos, como el que nos ocupa, y con ello aplicando la doctrina del caso HALIFAX excluir la sanción impuesta».*

Por otra parte, en un sentido a primera vista discrepante también con la doctrina general, la STS de 16-12-2014 (rec. 3611/2013) dedica una importante reprensión al órgano inspector, en razón de haber optado éste por el cauce del art. 16 LGT con la única finalidad de justificar la imposición de sanciones, pese a reconocer la ausencia de engaño u ocultación, circunstancia que hubiera obligado a reconducir el supuesto más bien a los cauces del art. 15, con exclusión de toda consecuencia punitiva. No obstante, aunque, como se acaba de decir, el Tribunal achaca en este caso falta de rigor a la Inspección en el manejo de las categorías tributarias, no se llega a pronunciar sobre si hubiera sido pertinente seguir el trámite del art. 15 LGT, porque dicha cuestión no se había suscitado por la parte recurrente. Pero lo que sí considera palmario es que, según se desprende del propio informe de la Inspección, lo único que ha existido es una discrepancia interpretativa motivada por la complejidad y falta de claridad del precepto aplicado<sup>19</sup>. En consecuencia, se anulan las sanciones:

*«Llama poderosamente la atención en el Informe de la Inspección Tributaria que examinamos el escaso rigor -cuando no laxitud- en el empleo de las categorías jurídicas positivizadas en la LGT, falta de rigor que bien podría alimentar la idea de que la argumentación del funcionario de la Inspección tiene como finalidad dejar expedita la vía administrativa-sancionadora, de un lado, utilizando el inadecuado cauce de la simulación (en lugar del conflicto en la aplicación de la norma tributaria previsto en el art. 15 de la LGT), y, de otro, soslayando el mandato legal del art. 180.1 de la LGT y, por ende, el constitucional del art. 25.1 de la CE, mediante el simple expediente de negar lo que es connatural a la simulación (el "engaño" u "ocultación").*

*(...) [L]o que se desprende del propio Informe de la Inspección Tributaria, sea o no correcto, es que lo que ha existido en el supuesto enjuiciado es una simple discrepancia de criterio interpretativo sobre una materia que ha requerido varios pronunciamientos administrativos para precisarla y ha sido objeto de sucesivas Leyes aclaratorias» (FJ 9º).*

Por último, esgrimiendo como fundamento, entre otros motivos, la discrepancia interpretativa que, en el seno del propio Tribunal, ponen en evidencia el voto particular y la sentencia recién aludidos, el ATS de 20-11-2017 (rec. 3130/2017) ha admitido precisamente a trámite un recurso interpuesto al objeto de sentar un criterio uniforme en relación con la cuestión expuesta:

---

(19) Y en el mismo sentido, la STS de 4-11-2015 (rec. 100/2014, FJ 9º).



*«Si bien nos hallamos ante una cuestión que no es totalmente nueva sí que pervive su carácter litigioso, no exento de matices e interpretaciones que reavivan un debate jurisprudencial y doctrinal no totalmente solventado, requirente de una nueva respuesta por parte de esta Sala» (FJ 3º.1).*

No es ocioso señalar que la SAN de 15-3-2017 (rec. 478/2015), objeto del recurso admitido a trámite, en este caso resolvía la cuestión de manera favorable al obligado tributario, considerando improcedentes las sanciones impuestas en un caso de interposición de sociedad profesional para la prestación de servicios de asesoramiento, donde se había apreciado el carácter simulado de la conducta. Previamente, sin embargo, en un supuesto similar, pero resuelto como antes se indicó en sentido contrario (favorable a la Administración) por la SAN de 20-1-2017 (rec. 263/2015), que respaldó la simulación y las sanciones, el recurso de casación fue inadmitido mediante ATS de 5-7-2017 (rec. 1380/2017). Sin negar que existan matices diferenciales que puedan justificarlo, no deja de resultar significativo que se entendiese improcedente el recurso en un caso donde su estimación hubiera supuesto dar la razón al obligado tributario, y se haya admitido a trámite en cambio frente a una sentencia que había resuelto en sentido favorable a éste.

### **III. FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA**

#### **III.1. EL FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA COMO PRECEDENTE DEL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA**

Con objeto de avanzar en esta panorámica crítica de la jurisprudencia sobre las categorías elusivas, se exponen a continuación las principales líneas de doctrina que el Tribunal Supremo ha seguido trazando en los últimos años en relación con el fraude a la ley tributaria. De todos es sabido que la citada figura ha dejado de contemplarse de forma explícita en la LGT, la cual sustituyó su regulación (recogida en el art. 24 de la derogada LGT/1963) por la del vigente art. 15 LGT, donde ahora se define el conflicto en la aplicación de la norma. Este hecho, sin embargo, no resta nada de interés al análisis de la jurisprudencia sobre la norma anterior, toda vez que el Tribunal Supremo ha reconocido que el ámbito de las conductas constitutivas del conflicto engloba ahora todas las que, de acuerdo con la norma precedente, se hubieran entendido realizadas en fraude a la ley tributaria. Ciertamente, conforme a esta doctrina, el conflicto en la aplicación de la norma tendría un objeto más amplio, pues quedarían subsumidas en él otro tipo de actuaciones, como los negocios indirectos, categoría diferenciada de



los negocios en fraude a la ley, al menos conforme al criterio de la jurisprudencia objeto de análisis (véase el apartado 2.3.2 precedente)<sup>20</sup>. En todo caso, no obstante, la delimitación de conductas en fraude a la ley tributaria permitiría trazar buena parte del perfil que, de acuerdo con el Tribunal Supremo, corresponde en la normativa vigente al conflicto, sobre todo a efectos de su diferenciación de la simulación, cuestión clave como es sabido para la solución de las controversias jurídicas que se suscitan al abordar el tratamiento de las conductas elusivas.

Del relevo que la norma delimitadora del conflicto ha tomado del precepto regulador del fraude de ley puede encontrarse ya alguna muestra en la jurisprudencia reciente. Por ejemplo, en la SAN de 21-7-2016 (rec. 314/2014), luego confirmada por la STS de 20-12-2017 (rec. 77/2017). En lo que aquí interesa, en el caso enjuiciado la Administración tributaria había establecido las consecuencias tributarias de un mismo conjunto de operaciones (típico supuesto de compra de participaciones sociales de empresas del grupo a la matriz extranjera, mediante endeudamiento y consiguiente generación de gastos financieros en España), utilizando el expediente de fraude de ley para un período impositivo, y acudiendo a la declaración de conflicto para un período posterior, en función de la norma aplicable en cada caso *ratione temporis*.

### III.2. EL CONCEPTO DE FRAUDE A LA LEY Y LA TRASCENDENCIA DE SU APRECIACIÓN

Cabe recordar brevemente a efectos expositivos que la figura del fraude a la ley tributaria tenía su regulación específica en el art. 24.1 LGT/1963. La última redacción vigente de este precepto venía a identificar el supuesto con la existencia de *“hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible”*. Ante su concurrencia, el precepto disponía que el gravamen se llevase a cabo mediante la aplicación de la norma tributaria eludida, con exigencia de intereses de demora, aunque sin sanciones. Para producir los efectos señalados, además, se exigía una declaración expresa de fraude de ley, mediante un procedimiento especial en el que se diera audiencia al interesado.

---

(20) Por nuestra parte, suscribimos la postura al respecto de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España (1998), pág. 226, quien se inclina por considerar que el negocio en fraude de ley es una modalidad del negocio indirecto.

Definir el fraude a la ley tributaria a partir del texto de la norma referida fue siempre pese a todo una labor compleja y poco agradecida. La aplicación de sus efectos a realidades concretas puso de relieve frecuentemente serias dificultades para encontrar una delimitación pacífica de la categoría (el propio Tribunal Supremo, como enseguida se va a ver, hace un uso contradictorio de la misma). A nuestro juicio, la finalidad indudable del precepto era reconducir la tributación en caso de apreciarse la falta de idoneidad de las formas empleadas por las partes para la consecución del resultado jurídico sustancial derivado de su actuación. Dicho de otro modo, en nuestra opinión, la aplicación de la norma tenía sentido siempre que se constatare la existencia de formas artificiosas dirigidas a obtener una rebaja de la tributación (entendiendo el término «formas artificiosas» en su sentido literal, esto es, como formas distintas de las que serían naturales con arreglo al derecho, o usadas, si se quiere, para cumplir una función que el ordenamiento originariamente no les atribuye, cuando dicha función hubiera debido cumplirse rectamente mediante otros negocios u operaciones, gravados con mayor rigor). La clave del concepto se encontraba en todo caso en la expresión *eludir*, siendo determinante el significado que a la misma se atribuyese por el intérprete. A nuestro modo de ver, como se ha dicho, eludir (total o parcialmente) el pago del tributo implicaría siempre obtener un gravamen más favorable (más favorable que el aplicable a los negocios u operaciones previstos en el ordenamiento para obtener de manera regular el resultado jurídico logrado), y el amparo de la conducta en normas dictadas con distinta finalidad forma parte del artificio, siempre necesario, para el logro del resultado elusivo (es decir, la celebración formal de negocios u operaciones sujetos a un régimen jurídico-tributario menos gravoso, pero cuya función jurídica no es la consecución del resultado jurídico pretendido)<sup>21</sup>.

No se puede obviar, sin embargo, que el significado de la norma en cuestión fue siempre controvertido, y ello pese a las consecuencias trascendentales que de su interpretación se derivaban para los afectados. Así, la presencia del fraude a la ley implicaba, por una parte, descartar que la actuación de las partes constituyese el ejercicio de una opción legítima menos

---

(21) Mediante consulta al Diccionario de la Real Academia comprobamos que *eludir* es *evitar con astucia* (por ejemplo, los *impuestos*), y *astucia* se equipara con *ardid*, es decir, *artificio* (2ª acepción). Se considera *artificioso* aquello que ha sido hecho con *artificio*, por lo que una actuación será artificiosa cuando en ella predomine la elaboración sobre la naturalidad (acepción 2ª), o sea hecha con disimulo o doblez (acepción 4ª), es decir, para obtener de modo indirecto otro resultado que no es el que naturalmente le corresponde.

gravada (economía de opción), determinando la calificación del supuesto, y su consecuente tributación, como si se hubiesen empleado los negocios formales propios, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, para llevar a término la realidad sustancial verdaderamente establecida. A tal efecto era preciso como se ha visto que el fraude fuese declarado en un procedimiento especial, con exclusión de cualquier medida sancionadora.

Más grave que su posible confusión con opciones legítimas de tributación resultó siempre, de hecho, bajo la perspectiva de la seguridad jurídica, la imprecisa delimitación de la figura del fraude a la ley frente a otro tipo de conductas elusivas. En particular, frente a aquéllas cuya presencia permitía, supuestamente, exigir el tributo eludido sin necesidad de tramitar un procedimiento específico y, lo que es más preocupante, sin limitación explícita en cuanto a las consecuencias punitivas de la actuación. A las dificultades para trazar la línea divisoria entre las distintas categorías de conducta venía a sumarse, en estos casos, cierto automatismo en la imposición de sanciones por la Administración (práctica respaldada en este punto la mayor parte de las veces por la jurisprudencia)<sup>22</sup>. La situación expuesta se da, por un lado, en supuestos donde la aplicación del gravamen (que los interesados han pretendido eludir) se lleva a cabo en el procedimiento de comprobación mediante la simple calificación discrepante de los actos o contratos formalmente realizados (recurriendo o no a tal fin al concepto de negocio indirecto), invocando la facultad calificadora regulada en el art. 13 LGT. En un apartado anterior hemos abordado precisamente el comentario crítico de la jurisprudencia existente al respecto. Y en una línea parecida se inscribirían, por otro lado, aquellos supuestos donde la Administración (también con la aquiescencia de los Tribunales en muchas ocasiones) declara el carácter simulado de las conductas, recurriendo a lo previsto en el art. 16 LGT. Posibilidad esta última cuyo presupuesto (que no debería desvincularse del concepto de simulación conforme al derecho civil material) presenta un alto riesgo de confusión con-

---

(22) Cfr. el estudio de EY ABOGADOS [*Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica*, Fundación Impuestos y Competitividad (2015), pág. 54]: «La conjunción de la dificultad de distinguir, en la práctica, entre fraude a la ley tributaria o conflicto y simulación, con los efectos diametralmente opuestos de una y otra figura en el ámbito de las infracciones administrativas o penales, es verdaderamente preocupante, pues conductas que responden a un esquema común, que tienen la misma finalidad objetiva y que provocan el mismo daño recaudatorio, pueden deparar consecuencias sancionadoras totalmente dispares».

ceptual con el fraude a la ley, como más atrás se dijo y según reconoce la propia jurisprudencia, especialmente en los denominados supuestos de simulación de la causa. Riesgo que, por los perjuicios patentes que conlleva para la seguridad jurídica, debería quedar cuanto antes superado de manera definitiva<sup>23</sup>. No debe obviarse que las dificultades para distinguir el fraude a la ley de estas otras categorías de conducta, con las importantes consecuencias que de ello se derivan para las partes implicadas, se reproducen hoy de manera semejante en relación con el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, dadas las coincidencias antes señaladas en el presupuesto de ambas figuras.

### **III.3. PRECISIONES SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA EN LA JURISPRUDENCIA**

#### ***A) Caracterización general del fraude a la ley***

Así las cosas, no obstante, la jurisprudencia no ha dejado de apuntar en distintas ocasiones los rasgos caracterizadores del concepto genérico del fraude a la ley tributaria, con un valor que no cabe desdeñar (pese a tratarse de una figura no regulada ya expresamente para el ámbito tributario), pues como venimos diciendo, de acuerdo con el propio Tribunal Supremo, su presencia permitirá subsumir la conducta en el presupuesto del vigente conflicto en la aplicación de la norma. Por otra parte, la apreciación del fraude (y, por ende, del conflicto) impedirá considerar que la conducta se ajusta al ejercicio de una legítima opción menos gravada y, sobre todo, impondrá la observancia de un procedimiento especial, excluyendo las sanciones (o condicionando su imposición en los términos previstos a tal efecto en el art. 206 bis LGT, a partir de la entrada en vigor de la Ley 34/2015 en este punto).

Como primer elemento caracterizador de la figura, cabe reiterar que, según ya indicamos al ocuparnos de la calificación, la presencia del fraude a la ley se evidencia en el momento de calificar la realidad objeto de gravamen. Dicho de otro modo, su apreciación es inherente al ejercicio que supone subsumir los hechos en el presupuesto de las normas tributarias que han de ser aplicadas. Así lo ha señalado de manera explícita en alguna oca-

---

(23) Como en su momento quedó apuntado, se intuye próximo un pronunciamiento del Tribunal Supremo (en el recurso admitido a trámite por el ATS de 20-11-2017 [rec. 3130/2017]), que debería aprovechar la ocasión para pronunciarse sobre la delimitación conceptual de la simulación frente al conflicto.

sión el Tribunal Supremo, vinculando la determinación de su existencia a la actuación administrativa en el marco del precepto regulador de la función calificadoras (STS de 26-4-2012 [rec. 140/2008, I.1.4]):

*«La apreciación de la existencia de fraude de ley corresponde a la Administración tributaria en el ejercicio de la función calificadoras a que hacía referencia el artículo 28.2 de la LGT/1963» (FJ 6º.2).*

Por otra parte, a efectos de su caracterización general, el Tribunal Supremo ha señalado que el fraude a la ley tributaria es una forma de ilícito atípico, con el que se persigue crear una apariencia al objeto de hacer pasar desapercibida la vulneración de aquello que el ordenamiento prescribe ante una determinada realidad (STS de 22-3-2012 [rec. 2293/2008, III.1.11]):

*«El fraude de Ley es una forma de "ilícito atípico", en la que se busca crear una apariencia que aquí es la de conformidad del acto con una norma (de cobertura), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. Así lo establece la STC 120/2005, de 10 de mayo» (FJ 4º).*

Conviene añadir que el contenido de la figura en el ámbito tributario, de acuerdo con esta jurisprudencia, viene a coincidir en sustancia con el del fraude de ley civil, regulado en el art. 6.4 CC, del que constituiría una manifestación específica. En este sentido, la STS de 9-2-2012 (rec. 2536/2007, III.1.12) señala:

*«[L]o que se nos dice en ambos preceptos [se refiere a las dos versiones del art. 24 LGT/1963, anterior y posterior a la reforma de 1995] es que pese a la prohibición de la analogía, no se incurre en ella ni en su prohibición al imponer la norma eludida cuando se ha actuado en fraude de ley bajo una norma de cobertura.*

*Por ello, y como no podía ser menos, tampoco difieren ambas redacciones del contenido del artículo 6.4 del Código Civil, a cuyo tenor "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir"» (FJ 7º).*

En todo caso, de acuerdo con la jurisprudencia objeto de estudio, la identificación de una conducta en fraude de ley implica siempre, como a continuación veremos, la inobservancia de una norma tributaria (norma defraudada), en la que se determina la cuantía del tributo exigible, en circunstancias normales, de acuerdo con la realidad jurídico material creada. Por otra parte, para el logro del resultado pretendido (el resultado equivalente al de los negocios usuales o propios), la conducta en fraude de ley conlleva asimismo el uso de negocios, contratos u operaciones, cuya función jurídica no se corresponde con la realidad sustancial derivada de su celebración, debido normalmente a la conjunción de varias cláusulas o a la superposición de varios negocios u operaciones que distorsionan o neutralizan recíprocamente sus efectos naturales (formas artifi-

ciosas). El designio último de estos negocios u operaciones consiste, finalmente, en forzar la aplicación de una norma tributaria más favorable (norma de cobertura) a la realidad establecida por las partes.

### **B) Norma defraudada y norma de cobertura**

La concurrencia de una norma defraudada con una norma de cobertura, como requisito para la apreciación del fraude de ley, suscita cierta unanimidad en la jurisprudencia, bien que al respecto se haga preciso algún matiz del que enseguida se hará mención. Son pues numerosísimos los pronunciamientos que podrían citarse para ilustrar esta exigencia. El más lejano en el tiempo, entre los seleccionados, es la STS de 30-5-2011 (rec. 1061/2007, II.1.1), donde se alude en los siguientes términos a los actos o negocios constitutivos de fraude de ley:

*«[S]e trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una determinada normativa (norma de cobertura) que no les protege, al no perseguir sus resultados habituales, por lo que debe aplicarse la norma tributaria (norma defraudada) que resulta de aplicación a los actos o negocios jurídicos que debieron haberse utilizado con normalidad a la vista de los efectos producidos y circunstancias concurrentes» (FJ 3º).*

No obstante, como se acaba de decir, la lista de ejemplos expresivos de este requisito, relativo a la doble presencia de normas (eludida y de cobertura), resulta inagotable, por lo que hacemos excusa de una cita exhaustiva poco útil, mencionando sólo algunos casos significativos<sup>24</sup>. Entre ellos, cabe destacar la STS de 16-9-2013 (rec. 1443/2012, III.1.5):

*«Conviene recordar que la noción de fraude de ley, que recogía el artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963, reclama la doble presencia de una norma de cobertura y de otra eludida de carácter esencialmente tributario» (FJ 5º).*

Por otra parte, proyectando la exigencia en cuestión a las operaciones o negocios objeto de enjuiciamiento, la STS de 23-2-2012 (rec. 821/2008, III.1.2) se preocupa de identificar en el caso concreto cuáles habían sido las normas de cobertura utilizadas y los preceptos tributarios determinantes del gravamen eludido<sup>25</sup>. Descrita someramente, la actuación de las partes había

- 
- (24) Entre otros muchos ejemplos, pueden citarse también las SSTS de 2-2-2012 (rec. 430/2008, III.1.1, FJ 6º), de 9-2-2012 (rec. 2536/2007, III.1.12, FJ 7º) de 22-3-2012 (rec. 2293/2008, III.1.11, FJ 4º), de 24-2-2014 (rec. 1347/2011, III.1.6, FJ 3º), de 18-6-2015 (rec. 1517/2013, III.1.8 y VII.1.4, FJ 6º), o de 22-6-2016 (rec. 2218/2015, III.1.7, FJ 7º.C).
- (25) La STS de 4-7-2014 (rec. 1285/2012, III.1.9) identifica también ambos tipos de norma en el caso enjuiciado, en los siguientes términos: «La norma básica de cobertura era la propia del régimen de transparencia fiscal, que aquí está representada por los artículos 75



consistido en una ampliación de capital con cargo a reservas, e inmediata reducción en idéntica cifra, con devolución de aportaciones, logrando de este modo un reparto de beneficios libre de tributación para los socios de acuerdo con las normas entonces vigentes:

*«Así, nos encontramos con unas normas de cobertura que son las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que regulan el aumento y disminución de capital y las fiscales que consideran no sujetas al Impuesto estas últimas o prevén una tributación diferida en el tiempo como incremento patrimonial, con posibilidad de aplicar los coeficientes de actualización.*

*En cambio, son normas eludidas o defraudadas, las que sujetan como rendimientos de capital mobiliario los dividendos con cargo a reservas (artículos 15 y siguientes de la Ley 44/1978) y disposiciones legales y reglamentarias que obligan a practicar retención, en este caso en el momento de producirse el hecho imponible, que es cuando tiene lugar el reparto de aquellos» (FJ 6º).*

Con todo, la necesidad de concurrencia de doble norma en los términos indicados debe matizarse, pues, de una parte, son varias las ocasiones en las que el propio Tribunal Supremo ha declarado que la norma de cobertura puede ser la propia norma defraudada. Así es preciso aceptarlo, según la STS de 22-12-2016 (rec. 3421/2015, III.2.1), a partir una concepción moderna del fraude a la ley como la presente en el CC:

*«Respecto del alegato de la recurrente acerca de la incoherencia de considerar que la norma de cobertura sea la misma que se dice defraudada, se trata de una alegación que no puede ser estimada porque, como hemos dicho en la sentencia de 4 de diciembre de 2008 (casa. 4840/2006), con un criterio que ha sido reiterado en la sentencia de 25 de febrero de 2010 (casa. 4820/2006), existe la posibilidad de que coincidan norma de cobertura y norma defraudada.*

*(...) En fin, la posibilidad de coincidencia ha de admitirse siempre a partir de una concepción moderna del fraude como es la que se establece en el Código civil, cuyo artículo 6.4 no coloca frente a la norma de cobertura otra concreta y distinta, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto». (FJ 6º).*

En términos similares razona al respecto la STS de 19-7-2016 (rec. 2553/2015, III.2.2), donde no obstante el Tribunal, tras respaldar la actua-

---

*y siguientes de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre (...). La normativa eludida era el art. 15.2.c) y 3 de la ley 43/1995 en la parte relativa a disolución de sociedades» (FJ 7º). Por su parte, la de 9-2-2012 (rec. 2536/2007, III.1.12): «Así las cosas, la norma de cobertura es el artículo 15.7.c) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, que regula el supuesto de incrementos de patrimonio para el caso de aportaciones no dinerarias (...), así como las normas mercantiles relativas al contrato de sociedad y aportaciones no dinerarias (...). En cambio la norma defraudada es el artículo 3 de la Ley 61/1978, que define el hecho imponible en la forma a la que antes nos hemos referido. Pero también lo es el artículo 15 (...).» (FJ 7º).*



ción administrativa, que se había llevado a cabo mediante la tramitación de un expediente especial de fraude de ley, afirma que hubiera bastado con una simple calificación de los hechos al margen de las exigencias de procedimiento y limitaciones punitivas propias de esta figura. No obstante, el Tribunal no se resiste a dejar constancia de que en el caso se da la coincidencia antes apuntada entre norma defraudada y norma de cobertura:

*«Las normas de cobertura reguladoras de los negocios de ampliaciones de capital y préstamos han sido extrínseca y formalmente respetadas pero frontalmente violadas en su esencia pues los negocios jurídicos que las amparan carecen de causa por la elemental consideración de que después de todo el complejo negocial efectuado la estructura básica del grupo es la misma que al comienzo de las operaciones» (FJ 12º).*

En algún caso, incluso, la jurisprudencia en cuestión llega a negar que la concurrencia de una norma defraudada con una norma de cobertura sea siquiera un elemento indispensable para la apreciación de la conducta en fraude de ley tributaria (STS de 26-4-2012 [rec. 140/2008, I.1.4]):

*«Si bien se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una norma legal dictada con una finalidad distinta (norma de cobertura), que pueden producir un resultado equivalente al del hecho o negocio constitutivo del hecho imponible, y sin estar aquellos directamente gravados o gravados en menor medida, no es absolutamente preciso que exista dicha norma de cobertura, ya que también es posible apreciar un fraude de ley intrínseco que se produce cuando el contribuyente se ampara en la letra de la ley para incumplir su finalidad» (FJ 6º.2).*

A nuestro modo de ver, sin embargo, el alcance último de esta declaración no aparece claro del todo, pues en el caso concreto de la sentencia últimamente transcrita se empieza restando importancia a la concurrencia de esta doble norma, pero se termina excluyendo pese a ello la aplicación al caso del precepto regulador del fraude a la ley tributaria, con objeto de justificar así finalmente la reconducción de las consecuencias tributarias de la actuación del sujeto mediante un simple ejercicio de calificación de los hechos relevantes a tal efecto. Y tampoco tiene mucha trascendencia una proclamación similar en algún otro ejemplo, donde tras negar la necesidad de que entre en juego una norma de cobertura, seguidamente el Tribunal señala la presencia concreta en el caso de ambas normas, la defraudada y la de cobertura utilizada con tal fin, por lo que parecía innecesario especular sobre la posibilidad de apreciar el fraude en caso de faltar esa doble presencia (STS de 12-7-2012 [rec. 2038/2009, III.1.3]):

*«[N]o es absolutamente preciso que exista dicha norma de cobertura, ya que también es posible apreciar un fraude de ley intrínseco que se produce cuando el contribuyente se ampara en la letra de la ley para incumplir su finalidad (...).*

*En consecuencia, se dio una norma tributaria de cobertura -la que regula las ganancias patrimoniales- y una norma tributaria eludida, que es la que calificó como rendimientos del capital mobiliario sujetos al IRPF los dividendos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad (art. 23.1 de la Ley 40/1998), existiendo un claro propósito de evasión fiscal en la operación al tributar la reseñada ganancia patrimonial con aplicación de coeficientes de abatimiento e integrándose en la base imponible especial, norma que no debe dar cobertura al negocio por haber sido creada con distinta finalidad» (FJ 4º).*

Al margen de su discutible recorrido, la cuestión a nuestro juicio ha perdido en buena parte su trascendencia en la actualidad, teniendo en cuenta que la regulación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria parece abarcar un objeto lo suficientemente amplio como para atraer a su presupuesto cualquier actuación elusiva del tributo mediante negocios artificiosos, sin necesidad de acudir para ello con todo rigor a los esquemas tradicionales del fraude a la ley tributaria.

### ***C) El carácter artificioso de las formas jurídicas: la ventaja fiscal como motivo exclusivo o principal***

Como se acaba de indicar, es una constante en la jurisprudencia analizada asociar la conducta en fraude a la ley tributaria al empleo de negocios u operaciones de carácter artificioso, cuya celebración supone forzar la realidad, a través de maniobras «inusuales», «incoherentes» (STS de 24-2-2014 [rec. 1347/2011, III.1.6], FJ 3º), de actos o de negocios jurídicos que no persiguen «sus resultados habituales» (STS de 30-5-2011 [rec. 1061/2007, II.1.1], FJ 3º), o mediante «formas jurídicas insólitas o desproporcionadas» (STS de 16-9-2013 [rec. 1443/2012, III.1.5], FJ 5º), o «artificiales e insostenibles» (STS de 12-7-2012 [rec. 2038/2009, III.1.3], FJ 4º). Asimismo, suele vincularse esta utilización de formas artificiosas a la producción de un resultado contrario al ordenamiento, consistente en una ventaja fiscal (por comparación con la tributación prevista para los negocios usuales o propios)<sup>26</sup>, cuya obtención explica el «rodeo o contorno» -en ex-

---

(26) Se destaca esta vinculación entre fraude y ventaja fiscal en la jurisprudencia en el estudio de EY ABOGADOS (ob. cit., pág. 66): «En este sentido, si en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se concibe la artificiosidad como una desproporción o falta de sintonía entre el medio jurídico utilizado y los fines económicos o jurídicos (no fiscales) perseguidos, también es común la exigencia de un nexo causal entre la artificiosidad de la forma elegida y la ventaja fiscal que se entiende abusiva o, justamente, artificiosamente obtenida. Ese nexo causal se manifiesta en la utilización de preposiciones o locuciones preposicionales como "mediante", "para", "por medio de", "como consecuencia de", "a través de"».

presión lapidaria de nuestro Tribunal Constitucional- puesto en práctica por las partes (STS de 23-2-2012 [rec. 821/2008, III.1.2]):

*«Es así como seguido el proceso de "rodeo" o "contorneo", propio del fraude de ley, a que se refiere el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo, se logró un objetivo distinto del de las operaciones de ampliación y reducción de capital aisladamente consideradas, objetivo que no era otro que el indicado de repartir las reservas, eludiendo la norma fiscal que grava este tipo de operaciones como renta del capital mobiliario y en consecuencia las somete a retención» (FJ 6º).*

El designio o propósito elusivo aparecería de este modo como la única justificación racional de la conducta de las partes, cuando éstas además no son capaces de ofrecer otra explicación convincente de su actuación (STS de 23-5-2016 [rec. 992/2014, III.1.4]):

*«En el presente caso, la sentencia considera que ha quedado demostrada la intención elusiva, basándose para ello en el carácter artificioso de las operaciones llevadas a cabo, el escaso plazo de tiempo en que tienen lugar y en la falta explicación adecuada de la entidad» (FJ 2º).*

Se enjuiciaba aquí una concatenación de operaciones de compraventa de acciones, lográndose con ello que la sociedad resultante estuviese íntegramente participada por personas físicas, para su transmisión posterior a un no residente, de manera que la plusvalía acumulada en el patrimonio de la entidad transmitida no llegó a tributar en el IRPF, por aplicación de los coeficientes de abatimiento (lo que no habría sido posible de efectuarse la transmisión de la participación social bajo la situación anterior al entramado de operaciones, al ser su titular originalmente un sujeto pasivo del IS).

En una línea parecida se manifiesta, por su parte, la STS de 24-2-2014 (rec. 1347/2011, III.1.6), en relación esta vez con un entramado negocial que implicaba la aportación no dineraria de las participaciones de una sociedad transparente, pertenecientes a una persona física, a otra entidad también transparente (ambas controladas por dicha persona física y su círculo familiar), con la finalidad de neutralizar el gravamen de la plusvalía derivada de la transmisión previa de un terreno por la primera de las dos entidades<sup>27</sup>. A tal efecto se adelantó en unos días el cierre de su ejercicio, procediéndose más tarde a su absorción por la segunda entidad, siendo el resultado la no tributación de la plusvalía aludida, por aplicación combinada de los coeficientes de abatimiento de las ganancias patrimoniales y el régimen de transparencia. En el presente caso, el Tribunal Supremo anota al respecto:

---

(27) En sentido similar, las SSTS de 19-4-2012 (rec. 68/2008, FJ 10º), de 10-3-2014 (rec. 1265/2011, FJ 3º) y de 17-3-2014 (rec. 1340/2011, FJ 3º).

*«En efecto, en los hechos que la sentencia de instancia considera probados se puede apreciar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que configuran el fraude de ley:*

*1. Se han dado un conjunto de negocios jurídicos realizados con la finalidad exclusiva de conseguir una ventaja fiscal, esta ha sido su causa esencial.*

*2. Las sucesivas operaciones societarias realizadas entre el recurrente y su entorno familiar constituyen maniobras inusuales e incoherentes si no se tiene en cuenta su finalidad de elusión fiscal, pues sin esta apreciación no se entiende la transformación de la forma jurídica societaria, la modificación de la fecha de cierre del ejercicio, la ampliación de capital mediante aportación no dineraria y la fusión por absorción realizadas en poco margen de tiempo.*

*3. Con ello se pone de evidencia la utilización de una serie de normas que dan cobertura a las citadas operaciones y la existencia de normas que son eludidas, dentro de una actuación en fraude de ley» (FJ 3º).*

Por último, para cerrar esta amplia muestra de los innumerables casos existentes, en la misma línea de las sentencias mencionadas se expresa la STS de 22-6-2016 (rec. 2218/2015, III.1.7 y VI.1.1), donde se desgranar de forma ordenada los requisitos para la declaración del fraude de ley, entre los que se incluye (además de la realidad de los negocios realizados, y de la obtención con ellos de un resultado equivalente al de los negocios usuales o propios) que la actuación de las partes persiga de manera única o principal eludir total o parcialmente el pago del tributo:

*«c) El tercero de los requisitos es el propósito de eludir total o parcialmente el pago del tributo. Esto es, se hace necesario que de los hechos constatados en el expediente se desprenda la realización de uno o varios negocios jurídicos cuya única o principal finalidad sea la elusión total o parcial del pago del tributo que se produciría de no realizarse el “rodeo” o “contorneo” o “artificio” (en términos jurisprudenciales) que caracteriza la realización de actos o negocios en fraude de ley» (FJ 7º.C).*

#### ***D) Corolario de la jurisprudencia expuesta: la mera presencia del motivo fiscal no basta para apreciar el carácter artificioso***

Según se acaba de exponer, la apreciación del carácter artificioso de las formas empleadas, necesario para constatar el fraude a la ley, suele aparecer unido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la producción de un resultado que implique un ahorro fiscal, sin cuya presencia la actuación de las partes carecería de toda relevancia en términos jurídicos. En el primero de los ejemplos mencionados, ninguna consecuencia jurídica relevante resultaba, en efecto, de las operaciones de ampliación y reducción posterior de capital aisladamente consideradas, cuyo resultado quedaba anulado recíprocamente, derivándose de su realización únicamente la posibilidad de distribuir beneficios evitando un reparto formal de dividendos, resultado

ajeno a la función jurídica de las referidas operaciones societarias (STS de 23-2-2012 [rec. 821/2008, III.1.2]). Tampoco producían efectos jurídicos en sustancia, en el segundo de los casos referidos, las compraventas de acciones previas a su enajenación definitiva, a través de la transmisión de la sociedad finalmente resultante (STS de 23-5-2016 [rec. 992/2014, III.1.4]). Parecidas circunstancias rodeaban las transmisiones encadenadas que culminan con la integración del patrimonio de una sociedad transparente en otra mediante su absorción, dado que la absorbente se encontraba participada a la postre por los mismos socios, por lo que se mantenía en sustancia la misma situación patrimonial previa a la constitución del entramado negocial (STS de 24-2-2014 [rec. 1347/2011, III.1.6]). Y lo mismo cabe decir, también, en el caso de la transmisión por una persona física de la totalidad de participaciones de una sociedad transparente vinculada a otra sociedad también vinculada, con la sola intención de obtener un tratamiento notablemente favorable por la transmisión del terreno que constituía el único activo relevante de la primera de las entidades citadas, la cual se disuelve inmediatamente después de dicha transmisión (STS de 22-6-2016 [rec. 2218/2015, III.1.7 y VI.1.1]).

Conviene destacar, en suma, que la apreciación del fraude en todas las sentencias referidas (y en otros muchos supuestos similares) no descansa en la mera constatación de que existe una ventaja fiscal, sino que el carácter artificioso de las formas jurídicas empleadas se infiere al constatar que su fin exclusivo o principal es la obtención de tal ventaja, reputándose artificiosas dichas formas precisamente porque con ellas no se aporta ningún otro resultado jurídico de relevancia (es decir, se establece lo que, en expresión de la LGT/1963, sería el «resultado equivalente» al hecho imponible, y en la terminología vigente del conflicto es la no producción de «efectos jurídicos o económicos distintos del ahorro fiscal y de los que se hubieran obtenido con los negocios usuales o propios»)<sup>28</sup>. Esto permite, a nuestro modo de ver, deducir también sin mayor dificultad que la jurisprudencia en cuestión no identifica la presencia del fraude con la mera producción de un ahorro im-

---

(28) Cabe citar, entre otros ejemplos, la STS de 16-9-2013 (rec. 1443/2012, III.1.5): «Siendo así, resulta indiscutible, a juicio de esta Sala, que el resultado equivalente se produjo, pues se trataba de transmitir la finca (...) desde el grupo empresarial encabezado y dominado por don (...), pero en lugar de seguir el cauce común, esto es, la venta del inmueble por su propietaria (...), se optó por la forma más alambicada de que los socios titulares de (...) transmitieran la totalidad de sus participaciones (...), y con ello el inmueble que consti-

positivo, pues exige, además, para declarar su concurrencia, que el negocio celebrado carezca de los efectos jurídico-materiales que corresponden a su naturaleza y función, sin que esto último deba apreciarse de manera necesaria por el hecho de que el ahorro fiscal sea uno de los motivos, incluso el más relevante, de la operación realizada. Es importante destacar la idea señalada, y su frecuente presencia en numerosos pronunciamientos del Tribunal, para poner de relieve la desviación de esta línea de razonamiento en algunas sentencias recientes específicamente referidas a operaciones de compra de participaciones mediante financiación externa, a las que vamos a referirnos enseguida en un apartado específico.

### ***E) La ausencia de ventaja fiscal como posible dato para excluir el fraude a la ley***

Por último, a propósito de la estrecha relación que el Tribunal Supremo establece entre la apreciación del artificio y la existencia de una ventaja tributaria, debe ponerse de manifiesto que en alguna ocasión la ausencia de un ahorro tributario efectivo ha servido al Tribunal precisamente como elemento para descartar la presencia del fraude. Así se deduce, por ejemplo, de la STS de 28-6-2012 (rec. 4088/2009), cuyo punto de partida es una formulación sucinta pero precisa de los elementos que, según la jurisprudencia del Tribunal, deben concurrir para la existencia del fraude a la ley regulado en el art. 24 LGT/1963:

---

*tuía su activo, con el desenlace fiscal que ya conocemos» (FJ 5º). También la STS de 2-2-2012 (rec. 430/2008, III.1.1): «De esta forma, se utilizó la clásica operación de ampliación y reducción simultánea de capital, no como forma de atraer nuevos socios u obtener financiación, sino como medio de eludir la aplicación de la norma que gravaba la transmisión de acciones como incremento patrimonial (norma defraudada) mediante el traspaso del valor de la empresa a los derechos de suscripción, cuya enajenación no estaba sujeta a IRPF (norma de cobertura)» (FJ 6º). Y, en la misma línea, la STS de 20-9-2012 (rec. 6231/2009, III.1.10): «Se ha diseñado un conjunto complejo de operaciones concatenadas que, legales en sí mismas, les permite acogerse a unas disposiciones (normas de cobertura) que, sin embargo, no persiguen finalidad económica o financiera alguna ligada a los negocios jurídicos realizados, y a la que no responde el beneficio que la norma de cobertura proporciona, sino la exclusivamente fiscal de eludir el pago del impuesto que correspondería de no haber articulado todo el montaje, hallándose al final los interesados con un resultado equivalente (aumento del valor de la entidad [...]) y, por ende, de la participación que en ella tienen los hijos del matrimonio) al de haber realizado directamente la donación y satisfecho el Impuesto por ello debido» (FJ 8º).*



*«Del indicado precepto, al igual que del artículo 6 del Código Civil, se deduce la necesidad de que concurran los requisitos de finalidad elusiva, norma de cobertura y resultado equivalente al que se hubiera producido en órbita de la norma eludida» (FJ 4º).*

Pues bien, esta caracterización del fraude sirvió al Tribunal en este caso para rechazar su apreciación, debido en esencia a que, si bien el resultado global de las operaciones realizadas habría podido lograrse con el uso de formas jurídicas más directas, la actuación de las partes (el rodeo llevado a cabo) no había producido un resultado elusivo. La tributación en su conjunto (en este caso por IVA) hubiera sido idéntica transmitiendo de forma directa la rama de actividad en funcionamiento (operación que debía considerarse no sujeta, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), o mediante la fórmula efectivamente empleada, consistente en la aportación de la rama de actividad a una sociedad (transmisión no sujeta al IVA, en este caso de forma explícita de acuerdo con la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, a la sazón aplicable), y posterior entrega al adquirente de las participaciones recibidas como contrapartida (exenta, de acuerdo con el art. 20.1.18º Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del IVA). Por otra parte, además, esta fórmula compleja usada para materializar la operación podía explicarse por un interés legítimo de la entidad adquirente, dada la naturaleza de su actividad (se trataba de una entidad financiera, que adquiriría la participación en pago de una deuda preexistente), en recibir participaciones del negocio, en lugar de los activos integrantes del mismo para su gestión directa, lo que podría haber actuado, a mayor abundamiento, como motivo económico válido de la actuación.

### ***F) Elementos diferenciadores del fraude a la ley tributaria frente a la simulación y frente a la “economía de opción”***

Tal como se dijo al principio de este apartado, la importancia de apreciar la existencia de una conducta en fraude a la ley tributaria (constitutiva, pues, de conflicto en la aplicación de la norma en los términos vigentes) es doble: por un lado, debería quedar excluido su carácter simulado, lo que en principio supondría que se respetaran las limitaciones procedimentales y punitivas establecidas a tal efecto (aunque, como se apuntó más atrás, y se reiterará luego, sobre este particular existe cierta confusión en la propia jurisprudencia); por otro, implica descartar que la actuación de las partes sea admisible como una opción legítima menos gravada por el ordenamiento, es decir, lo que según la terminología generalmente aceptada se denomina



«economía de opción». No es de extrañar pues que, siendo coherente con estas determinaciones, al caracterizar el fraude de ley la jurisprudencia del Tribunal Supremo haga frecuente mención de los elementos que separan esta figura de aquellos dos conceptos limítrofes.

Con objeto de remarcar las diferencias con la simulación (al menos desde el punto de vista estrictamente teórico-abstracto), muchos de los pronunciamientos que se vienen citando hacen referencia a la existencia y «validez» de los negocios o actos jurídicos celebrados en fraude de ley, lo que se identifica con la presencia en ellos de todos los elementos exigidos en derecho para poder desplegar efectos jurídicos<sup>29</sup>. La STS de 22-6-2016 (rec. 2218/2015, III.1.7 y VII.1.1) matiza que los negocios en fraude de ley «son queridos por las partes», con independencia de que con el «entramado negocial» llevado a cabo se persiga un fin contrario al ordenamiento:

*«Esto es, los negocios realizados en fraude de ley deben ser reales y no ficticios, siendo esta característica de los negocios realizados en fraude de ley lo que los diferencia de los realizados de forma simulada, es decir, de aquellos en los que se crea una simple apariencia de negocio donde no existe ninguno (simulación absoluta) o existe un negocio distinto del aparente (simulación relativa). En el fraude de ley los negocios realizados son queridos por las partes pero con el entramado negocial realizado se persigue una finalidad contraria al ordenamiento jurídico eludiéndose la normal aplicación del mismo» (FJ 7º.C).*

Conviene no perder de vista estas afirmaciones porque, aunque todo parece indicar que su intención es marcar distancias entre fraude y simulación, en otras ocasiones, de manera contradictoria, el propio Tribunal declara el carácter simulado de actos o negocios que se reconocen válidamente celebrados, debido precisamente a que su finalidad última resulta contraria al ordenamiento (dato que, de acuerdo con las sentencias recién aludidas, remitiría en cambio a una actuación en fraude de ley), apreciándose en ellos por esta razón una ocultación de la causa (por todas, la STS de 12-11-2014 [rec. 1881/2012, FJ 4º]). Sobre el perjuicio que esta dualidad argumental genera para la seguridad jurídica ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos. Por el momento, mantendremos la esperanza de que en un futuro no muy lejano el máximo órgano jurisdiccional se pronuncie para disipar la incertidumbre.

---

(29) Cfr. en este sentido, SSTS de 30-5-2011 (rec. 1061/2007, II.1.1): «En puridad de principios el fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para desplegar sus efectos jurídicos» (FJ 3º). Y en términos idénticos, las SSTS de 26-4-2012 (rec. 140/2008, I.1.4, FJ 6º.2) y de 12-7-2012 (rec. 2038/2009, III.1.3, FJ 4º)

Por cuanto se refiere a las denominadas «economías de opción», la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha tratado también de subrayar los rasgos diferenciadores del concepto, a fin de justificar la reconducción al gravamen exigible de las conductas que exceden sus límites para situarse en el ámbito del fraude a la ley tributaria. Sin perjuicio de dedicar más adelante un apartado específico a la cuestión, exponemos seguidamente a grandes rasgos algunas de sus consideraciones más significativas al respecto.

Para empezar, se suele fundamentar la declaración de fraude de ley en la constatación de que los negocios celebrados son inapropiados en relación con el resultado establecido, debido a que en tal caso la conducta del sujeto no supone una elección entre dos alternativas igualmente válidas y regulares. En este sentido, la STS de 13-9-2012 (rec. 2879/2010, VII.3.1), que cita en este punto la de 29-3-2010 (rec. 7552/2005), afirma al respecto:

*«El uso legítimo de la economía de opción tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca» (FJ 3º).*

No faltan otras sentencias que se expresan en términos parecidos, afirmando de manera más o menos retórica que la economía de opción termina donde empieza el fraude de ley<sup>30</sup>.

Con todo, el pronunciamiento donde mejor se refleja, a nuestro modo de ver, la relación entre el fraude de ley y la economía de opción es, de nuevo, la STS de 22-6-2016 (rec. 2218/2015, III.1.7 y VII.1.1), de cuyos razonamientos seleccionamos ahora un pasaje especialmente ilustrativo:

*«Pero, ni en su acepción más amplia, puede entenderse que “la economía de opción” atribuya al obligado tributario la facultad de configurar negocios o situaciones económicas con incidencia fiscal o sobre fórmulas negociales que, sin “motivos económicos válidos” se eligen con una exclusiva finalidad tributaria. Conseguir una ventaja fiscal constituye un fin que no es jurídicamente objetiva, **salvo que se convierta en la única causa del negocio jurídico celebrado**».* (la negrita es nuestra).

Al respecto, sólo se nos ocurre una puntualización: la ausencia de «motivos económicos válidos» debe entenderse aquí con el significado que se

---

(30) Véase en este sentido la STS de 23-2-2012 (rec. 821/2008, III.1.2): «[L]a economía de opción termina allí mismo donde comienza el fraude de ley» (FJ 4º). Más recientemente, la STS de 22-6-2016 (rec. 2218/2015, III.1.7 y VII.1.1) adapta el aserto a la nueva realidad, sustituyendo el término fraude de ley por el de elusión tributaria: «la economía de opción termina donde empieza la elusión tributaria» (FJ 7.B).

desprende del último inciso del pasaje reproducido, es decir, como falta absoluta de correspondencia entre los resultados del negocio celebrado y su causa válida (pues único resultado relevante sería la obtención de la ventaja fiscal). Dicho de otro modo, siempre que el acto o negocio celebrado se ajuste a la función natural que, según el ordenamiento, le corresponde, nos hallaremos ante el ejercicio de una opción negocial legítima excluyente del fraude, por más que con él se obtenga un ahorro fiscal (incluso cuando éste sea el motivo principal de la actuación). Así debe entenderse para no menoscabar el carácter genuinamente jurídico del proceso de interpretación-calificación. No obstante, aunque existen otras sentencias recientes de esta Sala que avanzarían en el sentido apuntado (SSTS de 20-5-2016 [rec. 2945/2014, III.3.1] y de 26-2-2015 [rec. 4072/2013, III.3.2]), no parece existir en ella un sentir unánime sobre la cuestión, como comprobaremos de inmediato (sobre todo, STS de 19-7-2016 [rec. 2553/2015, III.2.2], y también SSTS de 22-12-2016 [rec. 3421/2015, III.2.1] y de 12-2-2015 [rec. 184/2014, III.2.3]).

### **III.4. EL CASO PARTICULAR DE LA ADQUISICIÓN DE EMPRESAS DEL GRUPO MEDIANTE FINANCIACIÓN DE TERCEROS**

#### ***A) Planteamiento***

No se puede cerrar este apartado de jurisprudencia sobre el fraude de ley sin mencionar de manera específica la problemática que vienen generando hace unos años ciertas operaciones de endeudamiento por parte de entidades residentes, generadoras de importantes partidas de gastos financieros, cuya deducción en la base imponible del IS ha sido objeto de viva controversia, sin que después de varios pronunciamientos del Tribunal Supremo podamos considerar que se haya alcanzado una solución definitiva para el asunto<sup>31</sup>. La adopción por el Tribunal de soluciones en apariencia contradictorias, frente a supuestos similares, podría explicarse quizá en atención a sutiles elementos diferenciadores. Trataremos de despejar dudas al

---

(31) Como se señala en el estudio de EY ABOGADOS (*ob. cit.*, pág. 48), se trata del caso «conocido como "gastos financieros", objeto de un largo conflicto jurídico entre las autoridades fiscales y un conjunto de sociedades, generalmente pertenecientes a grupos multinacionales, desencadenante de más de cuarenta regularizaciones fundamentadas, generalmente, en la apreciación de la existencia de fraude a la ley tributaria o de conflicto, para cuyo encauzamiento definitivo el Real Decreto-Ley 12/2012 añadió una nueva letra (h) al artículo 14.1 del TRLIS».

respecto a partir del comentario crítico de los principales argumentos con los que el Tribunal apoya en cada caso sus decisiones.

Por el momento, agruparemos las sentencias en dos bloques, en función de la solución, favorable o contraria, que en ellas se adopta ante la apreciación de fraude a la ley tributaria que la Administración había realizado en relación con todos los casos objeto de controversia. El primero de los bloques, más numeroso, está constituido por sentencias que dan la razón a la Administración en su declaración de fraude a la ley tributaria. Entre ellas cabe destacar alguna en la que el Tribunal va incluso más allá, pues con sus afirmaciones da a entender que ni siquiera hubiera sido necesario sujetarse a las especiales limitaciones procedimentales y punitivas que dicha declaración implicaba, bastando con una regularización por el cauce comprobatorio ordinario.

### ***B) Sentencias que respaldan la declaración de fraude a la ley tributaria***

Como se ha dicho, son numerosas las sentencias que dan la razón a la Administración al apreciar fraude de ley en las operaciones concretas de endeudamiento analizadas. En esencia, se considera que existe fraude de ley en la adquisición (por lo general, a la matriz no residente) de participaciones de otras empresas del grupo mediante préstamo o aplazamiento de pago, y la correspondiente generación de gastos financieros, logrando como resultado un importante ahorro impositivo mediante la deducción de dichos gastos en la base imponible. Se estima que, para excluir el fraude de ley, la reorganización del grupo tendría que responder a una lógica empresarial, lo que exigiría a su vez que el obligado tributario ofreciese una explicación racional mínimamente verosímil de que la finalidad de las operaciones no era exclusivamente fiscal<sup>32</sup>. Como ejemplo representativo de esta línea citaremos, en primer lugar, la STS de 22-12-2016 (rec. 3421/2015, III.2.1), donde el Tribunal razona en los siguientes términos:

*«En resumen, cuando todas estas operaciones, en su conjunto consideradas, no responden a una lógica empresarial pues la compleja operativa se revela innecesaria y contraria a la eficiencia económica, de modo que no se habría llevado a cabo de no ser por la*

---

(32) Existe como se ha dicho un nutrido grupo de sentencias que se manifiestan en la misma línea, en relación con supuestos similares. Entre ellas, cabe citar las SSTS de 5-2-2015 (rec. 4075/2013, III.6.1, FJ 5º), de 9-2-2015 (rec. 188/2014, FFJJ 3º al 9º), de 12-2-2015 (rec. 184/2014, III.2.3, FJ 6º), de 23-3-2015 (rec. 682/2014, FJ 6º, y FFJJ 7º al 9º), de 16-3-2016 (rec. 3162/2014, FJ 8º) y de 19-7-2016 (rec. 2553/2015, III.2.2, FFJJ 9º al 12º).

*ventaja fiscal, la finalidad elusoria resulta evidente, pudiendo tenerse por probada la existencia de un propósito elusorio del impuesto» (FJ 4º).*

Sin cuestionar la validez de la conclusión alcanzada, hay en estos asertos del Tribunal un matiz del que disentimos. A nuestro juicio no es correcto rechazar de plano la validez de una operación, a efectos tributarios, por el mero hecho de que la motivación subjetiva de las partes pueda ser principal o predominantemente de carácter fiscal. Es ésta una posibilidad admisible, y precisamente por ello cabe hablar de la «economía de opción» como categoría de conducta, plenamente amparada por el ordenamiento. Eso sí, para poder hablar de una opción legítima por la alternativa fiscalmente más favorable será preciso que los negocios u operaciones celebrados no aparezcan vacíos de sustancia jurídica, lo cual sucedería si las partes hubiesen combinado cláusulas o yuxtapuesto operaciones que, en su conjunto, anulasen o distorsionasen los efectos jurídicos naturales correspondientes a las formas empleadas. Dicho de otro modo, a nuestro modo de ver, en este tipo de supuestos, la clave se encuentra en determinar si las compraventas de participaciones, y los aplazamientos en el pago, en función de las circunstancias que rodean a la operación, evidencian que no se ha producido finalmente en sustancia una auténtica transferencia patrimonial entre vendedora y compradora a cambio de un precio, tal y como corresponde a la función propia de dicho contrato (a la causa del mismo). El mero hecho de que la «compleja operativa» se revelase ineficiente o innecesaria desde el punto de vista económico resultaría, a nuestro modo de ver, secundario, y no avalaría por sí solo una recalificación de la operación conforme a la alternativa más gravada (alternativa que en el caso controvertido habría implicado que no se llevase a cabo operación alguna). Ello con independencia de que los hechos enjuiciados en el presente caso sí pudiesen evidenciar la existencia de un complejo negocial carente de auténtica sustancia patrimonial, distinta de la generación más o menos artificiosa de intereses.

Mayor rigor, incluso, ha mostrado el Tribunal Supremo en alguna otra ocasión, llegando a sugerir, como antes se apuntaba, que la regularización tributaria ante operaciones como éstas ni siquiera precisa el respeto de las limitaciones previstas para los casos de fraude a la ley (procedimiento especial y exclusión de sanciones). Representativa de esta línea es la STS de 19-7-2016 (rec. 2553/2015, III.2.2), donde se respalda el planteamiento de la Inspección, que había calificado como fraude a la ley tributaria la con-

ducta de las partes. El conjunto negocial objeto de controversia consistía en este caso en sendas ampliaciones de capital de cierta envergadura acometidas por dos entidades pertenecientes al mismo grupo mundial, residentes en España, y que habían sido suscritas por una tercera entidad del grupo, también residente, financiándose la suscripción mediante un préstamo concedido por una filial financiera del mismo grupo, residente en Luxemburgo. Por su parte, la sociedad matriz se encontraba radicada en los Países Bajos. La Administración estimó que las operaciones se habían efectuado en fraude de ley, pues de ellas no se derivaron variaciones sustanciales en la situación organizativa del grupo empresarial, siendo su único resultado efectivo la generación de intereses deducibles en la base imponible del IS de la adquirente de las participaciones.

El Tribunal Supremo considera correcto en líneas generales el planteamiento de la Administración. A tal efecto, ante una eventual invocación por los obligados tributarios de la autonomía de la voluntad para justificar la operativa negocial puesta en práctica, la sentencia reflexiona sobre los límites que el ordenamiento impone a esa autonomía:

*«Operaciones del tipo de la aquí controvertida viene siendo defendidas en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Es manifiesto que así es cuando al ámbito exclusivamente personal se reduce el acto examinado, y a este ámbito se restringe “su alcance y efectos”. Sus defensores llegan, sin embargo, mucho más lejos y pretenden que esas decisiones personales pese a trascender lo personal e incidir en lo jurídico, y de mandar una actitud activa de la comunidad en defensa de ellas, sean avaladas por ésta sin otro límite que no sea el de la voluntad individual expresada (...).*

*No ofrece dudas, empero, que el respeto de las determinaciones personales por el poder público, la comunidad, exige que estas se produzcan en el modo y forma que el ordenamiento jurídico establece tanto de naturaleza sustantiva como formal si se pretende el amparo de éste. Si las determinaciones personales no cumplen estas exigencias, el ordenamiento jurídico no solo puede sino que debe desconocerlas, porque hacerlo de otra manera supondría consagrar la anarquía y la violación de los valores e intereses comunes que, precisamente, el ordenamiento jurídico está llamado a salvaguardar, y cuya defensa es, precisamente, la justificación de su existencia» (FJ 9º).*

A nuestro juicio, las consideraciones transcritas pueden compartirse en cuanto constituyen una más de las distintas formas razonables que existen de expresar el fundamento último de la legítima reacción del ordenamiento jurídico ante las conductas elusivas en general, en este caso apelando a los límites de la autonomía de la voluntad. En otro lugar hemos sostenido que, cuando se manipulan las formas jurídicas para obtener los resultados propios de un negocio distinto más gravado, el proceso de interpretación-calificación debe conducir de modo inexorable a calificar la realidad de



acuerdo con la sustancia jurídica del resultado realmente alcanzado<sup>33</sup>. Dicho en otros términos, cuando al celebrar una operación se utilice un vehículo formal inapropiado para lograr el resultado producido con ella (operación artificiosa), el ordenamiento no puede aceptar que de ese modo se obtenga una ventaja fiscal. Esto es lógico, porque de lo contrario se estaría legitimando sin más la elusión tributaria, es decir, la rebaja del tributo mediante el uso de operaciones artificiosas.

Hasta aquí, por tanto, nada habría que objetar por nuestra parte ante las afirmaciones de la sentencia. Tampoco en cuanto a su insistencia en poner de manifiesto la escasa consistencia jurídica del conjunto negocial, apelando al carácter desproporcionado de la cuantía de las operaciones en relación con su impacto en la situación organizativa del grupo:

*«Precisamente, aquí radica la clave de nuestro rechazo de la tesis de la actora, no parece que ese control directo, que se transforma en indirecto, y que es en último término la clave de la reorganización empresarial, exija una operación de las proporciones de la que aquí se examina.*

*Por eso, son irrelevantes las quejas que sobre el olvido de los parámetros doctrinales que sirven para enjuiciar la procedencia de las operaciones se reprochan a la Inspección. Como tampoco la validez de los diferentes negocios celebrados. Lo que se cuestiona, otra vez, es la proporcionalidad de la operación a la vista del control de prácticamente el 100% que la entidad matriz tenía, ya en su origen, sobre las entidades participadas» (FJ 11º).*

Parece que, con tales afirmaciones, lo que se hace es evidenciar el propio carácter artificioso del entramado negocial, constatando que, habida cuenta de la irrelevancia del resultado jurídico (mantenimiento en sustancia de la realidad jurídico-patrimonial preexistente del grupo de sociedades), no está

---

(33) En esencia, este ejercicio interpretativo de las normas tributarias coincide con el que defendía con carácter general DE CASTRO, F. [«El negocio jurídico», *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, tomo X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid (1971), pág. 372], como reacción natural contra el fraude de ley civil: «si el Código civil refuerza la eficacia de las leyes frente a las artimañas de los leguleyos, (...) la doctrina interpreta las leyes de acuerdo con su finalidad práctica (interpretación teleológica), y la calificación jurídica de los actos se hará en atención a su significado real, sea la que fuere la denominación con la que se les presenten, el disfraz bajo el que se les oculte o los procedimientos y rodeos empleados. La condena del fraude es por ello general, realista e implícita». Por nuestra parte, en su momento hemos afirmado que «cuando se manipula un molde negocial, desnaturalizándolo, para obtener los efectos propios de un negocio distinto más gravado, una interpretación institucional del ordenamiento -inspirada en un razonable rechazo de toda maquinación urdida para burlar sus designios- ha de conducir de modo inexorable a calificar la realidad de acuerdo con la sustancia jurídica -no económica- de la operación». Cfr. GARCÍA BERRO, F.: *ob. cit.*, pág. 67.



justificada una operación de tanta importancia económica. Dicho de otra forma, se habría utilizado la *forma jurídica propia de una gran reestructuración societaria para lograr los efectos de ninguna reestructuración*. De hecho, dentro del mismo fundamento jurídico 11º, el Tribunal previamente considera «indudable que se está en presencia, por lo menos, de la figura que nuestra LGT prevé en su artículo 15». Nada que objetar tampoco por nuestra parte, como se ha dicho, ante esta parte del discurso jurisprudencial.

En nuestra opinión, sin embargo, existen algunos matices en el razonamiento de esta sentencia que pueden resultar problemáticos si no son correctamente entendidos, en cuanto parece apelarse en él a la falta de rentabilidad y de racionalidad económica de la operación como determinantes de la apreciación de la conducta elusiva:

*«Naturalmente que una empresa puede gastar sus ingresos en el modo y forma que tenga por conveniente, pero lo que no puede es hacer pasar esos intereses por gastos deducibles, que es lo que aquí se pretende, decisiones voluntaristas con pobre resultado organizativo, y con escasa racionalidad económica, sobre todo si se piensa que hay alternativas mejores (...).*

*Lo importante es acreditar que la reorganización aquí y ahora pretendida ha supuesto unas concretas y específicas ventajas y que la operación efectuada ha tenido unos resultados positivos que no tienen que ser exclusivamente económicos, o, alternativamente la razón por la que esas previsiones positivas se han visto frustradas.*

*Esta prueba no ha sido tampoco efectuada y por tanto ha de rechazarse la tesis de la recurrente» (FJ 10º).*

Al argumentar de ese modo, sin embargo, la sentencia no deja suficientemente claro que la clave está en determinar si las relaciones jurídicas resultantes de las operaciones llevadas a cabo corresponden a la función jurídica natural de las formas empleadas (por ejemplo, si las ampliaciones de capital satisfacen alguno de los cometidos que en derecho justifican una operación de esa naturaleza, como podría ser el fortalecimiento patrimonial de la entidad, y si la operación de préstamo asociada responde, por ende, a una auténtica necesidad de financiación), y no si las mismas tenían o no sentido desde el punto de vista económico, teniendo en cuenta lo que las partes ganan en rentabilidad y/o por la obtención de otros efectos materiales positivos<sup>34</sup>. De hecho, como hemos afirmado otras veces, nada im-

---

(34) EY ABOGADOS (ob. cit., pág. 46) deja constancia con preocupación de esta deriva jurisprudencial hacia la identificación entre fraude a la ley y ausencia de motivo económico válido: «Además, en la práctica judicial se advierte la aproximación de la propia figura del fraude de ley al motivo económico válido, es decir, la consideración del motivo económico válido como elemento determinante de la economía de opción».

pide a nuestro modo de ver que una operación jurídica se lleve a cabo por motivos primordialmente fiscales, siempre que se cumpla rectamente con las formas negociales indicadas en el ordenamiento para llevarla a cabo<sup>35</sup>. Dicho lo cual, probablemente en el caso concreto de la sentencia no se habían asumido por las partes de manera natural los resultados jurídico-patrimoniales propios de una ampliación de capital y de la operación de préstamo asociada (en particular, por ejemplo, respecto al préstamo, jugaba en contra de su sustancialidad jurídica el hecho de haberse cancelado precipitadamente como respuesta a un cambio de regulación que desvirtuaba sus efectos fiscales benéficos). Ahora bien, entendemos que, ante una serie de operaciones celebradas de manera formalmente irreprochable, la prueba de su falta de coherencia con los efectos jurídico-materiales que ha producido (de su carácter artificioso, en suma) corresponde a la Administración, que en este caso disponía de todos los elementos probatorios derivados de la documentación donde se reflejaba el contenido de los distintos negocios celebrados<sup>36</sup>.

Conecta esta última consideración con el otro aspecto de la sentencia comentada que estimamos resulta discutible. Nos referimos a las afirmaciones por las cuales se termina sugiriendo que nos hallamos ante un supuesto de simulación, que afectaría a la ampliación de capital, cuyas normas reguladoras -dice el Tribunal- han sido «frontalmente violadas en su esencia pues los negocios jurídicos que las amparan carecen de causa por la elemental consideración de que después de todo el complejo comercial efectuado la estructura básica del grupo es la misma que al comienzo de las operaciones» (FJ 12º). También disentimos de esta reflexión, en cuanto parece remitirse a la doctrina sobre simulación de la causa que venimos rechazando a lo largo de este trabajo. Impresión que se confirma cuando más adelante se señala que no hubiera sido necesario para regularizar la situación un procedimiento de fraude a la ley (FJ 13º).

En resumen, si bien la sentencia comentada atina al rechazar de modo genérico la obtención de ventajas fiscales mediante operaciones artificiosas, creemos -dicho sea con todo el respeto- que se excede al situar como ele-

---

(35) Cfr. en este sentido FALCÓN Y TELLERÍA, R.: «Economía de opción, fraude de ley y simulación: al hilo de la STS 30 mayo 2011», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 833 (2011), pág. 2.

(36) En esta línea apuntaría la presunción de existencia y licitud de la causa impuesta por el art. 1.277 CC.

mento clave del artificio la ausencia de racionalidad económica o de beneficios derivados de la actuación del obligado tributario, haciendo recaer en éste la prueba de tales extremos<sup>37</sup>.

Asimismo, discrepamos por supuesto de la parte del desarrollo argumental que desemboca directamente en la apreciación del carácter simulado de las operaciones. En particular, por cuanto de ser así ello hubiera permitido a la Administración supuestamente regularizar la situación en el procedimiento comprobatorio, prescindiendo de las limitaciones procedimentales y punitivas propias de la declaración de fraude a la ley. En nuestra opinión, ante la existencia de operaciones formalmente regulares, la apreciación del resultado elusivo exige aportar pruebas de su carácter artificioso, y para ello la LGT exigía y exige el cumplimiento de un trámite especial. Nos alineamos por tanto en este punto más bien con la STS de 26-1-2015 (rec. 2945/2013, III.4.1), que en un sentido opuesto al de la anterior, estimó que la calificación administrativa de los hechos implicaba en el caso necesariamente reconocer el carácter artificioso de la operación, y consideró que habría sido necesario a tal efecto el procedimiento especial de fraude a la ley tributaria:

*«En otras palabras, y utilizando la expresiva descripción de la Sala de instancia, para el inspector jefe y el Tribunal Económico-Administrativo Central, “la operativa utilizada en la compra del grupo mundial (...), fue la utilización de una estructura societaria piramidal de sociedades holding, utilizada asimismo para financiar a las empresas del grupo que desarrollan la actividad industrial y comercial, y articulando dicha financiación a través de préstamos concedidos por entidades que, si bien figuran domiciliadas en países comunitarios, no son los beneficiarios efectivos de los intereses, sino las entidades americanas citadas. Y todo ello con la finalidad de erosionar las bases imponibles a tributar en España, es decir con el exclusivo objetivo de elusión fiscal” (...).» (FJ 4º).*

*«[P]ero si esa liquidación lo fue como consecuencia de estimar que el obligado tributario incurrió en fraude de ley, se ha de aplicar la norma tributaria eludida, sin las ventajas que se pretendían obtener indebidamente (artículo 24.2 de la Ley General Tributaria de 1963), previa tramitación de un expediente especial en el que se dé audiencia al interesado (artículo 24.1)» (FJ 5º).*

---

(37) El hecho de que esta concepción aparezca cada vez más afianzada en la jurisprudencia no puede impedir que manifestemos nuestra discrepancia. Discrepa también RAMÍREZ GÓMEZ, S.: «La simulación en el ámbito tributario: estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia reciente», *Quincena Fiscal*, núm. 8 (2017), BIB 2017\11025, pág. 8 del documento digital.

### **C) Sentencias que rechazan la apreciación de fraude a la ley tributaria**

Como se acaba de ver, en las sentencias representativas de la línea anterior se sostiene que, ante determinadas operaciones realizadas, en principio, con todos los requerimientos formales exigibles, han de ser las partes las que aporten las pruebas de la racionalidad económica de su actuación, cuando la Administración cuestione la correspondencia de los resultados logrados con la función natural de las formas empleadas. Por nuestra parte, en cambio, entendemos que es precisamente la Administración tributaria quien, ante una actuación formalmente correcta de las partes, tiene la responsabilidad de acreditar la utilización impropia que se ha hecho de los negocios celebrados o, lo que es lo mismo, su carácter artificioso. Por tal motivo, consideramos más acertado el desarrollo argumental presente en otro bloque de sentencias, más corto en número que el anterior, donde se desvirtúa la declaración de fraude de ley llevada a cabo por la Administración, en razón de no haber aportado ésta pruebas de que la actuación de las partes constituya un montaje artificial dirigido a la elusión del tributo. En el sentido indicado apunta la STS de 20-5-2016 (rec. 2945/2014, III.3.1), ante una situación aparentemente similar a las examinadas por las sentencias anteriores. En este caso, sin embargo, el Tribunal declara que la compra a la matriz extranjera de participaciones en empresas del grupo, y su financiación mediante un préstamo, era una opción tan legítima como lo hubiera sido la aportación no dineraria de dichas participaciones por la matriz mediante una ampliación de capital, pese a que esta segunda alternativa era la que se había usado para la adquisición de otras filiales y no hubiera hecho necesario recurrir a financiación externa. Tales antecedentes no autorizaban sin más a entender que la operación careciera de sustancia jurídica o, lo que es lo mismo, que se tratase de un montaje puramente artificial exclusivamente dirigido a obtener un ahorro impositivo:

*«Por otra parte, no cabe desconocer que la adquisición de CP (...) no fue una operación aislada, pues en años anteriores se procedió a la adquisición de las filiales española y portuguesa, si bien a través de aportación no dineraria, cubierta con una ampliación de capital, sin que del cambio de la metodología en este caso, compra de acciones financiadas con deuda y aportaciones no dinerarias, pueda inferirse sin más que el objetivo principal de la operación fuese exclusivamente el fiscal, pues nos encontramos ante dos alternativas plenamente válidas.*

*Además, en el presente caso el origen de la financiación fue exterior al Grupo, admitiéndose que la inversión permitió obtener dividendos, aunque luego estuvieran exentos de tributación en España, al ser beneficiarios accionistas no residentes.*

*Finalmente, hay que reconocer, que como declaramos en la sentencia de 26 de febrero de 2015, cas. 4072/2013, 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» (FJ 8º).*

Se deduce claramente de este pasaje que, para apreciar que el propósito de las partes es principal o exclusivamente fiscal, es necesario que éstas actúen con artificio («montaje puramente artificial» es la expresión de la sentencia, usando los términos normalizados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para apreciar el abuso del derecho); de ello se infiere asimismo, aunque no se diga así expresamente, que si el contrato u operación surte todos sus efectos jurídicos normales (como aquí la Administración no ha demostrado que no ocurra), cabe entender –presumir– que existen motivos económicos válidos, por lo que no es posible apreciar que la conducta es elusiva, sea fraude de ley o sea conflicto en la aplicación de la norma, aunque con ella se haya alcanzado un importante ahorro impositivo.

Como hemos visto, el Tribunal se remite en el fragmento transcrito a lo expresado en su anterior STS de 26-2-2015 (rec. 4072/2013, III.3.2), donde había rechazado la existencia de fraude de ley por considerar insuficientemente probado, también en aquel caso, que las operaciones persiguiesen un propósito exclusivamente fiscal (en particular, aludiendo a un informe pericial técnico que justificaba la opción por el apalancamiento en motivaciones, entre otras, de carácter estratégico):

*«El que se hubiera podido llevar a cabo la reestructuración mediante una aportación no dineraria, en lugar de la compra, lo que indica es que en definitiva la operación de unificación de las sociedades resultaba necesaria, por lo que cabe descubrir en la compra, al perseguir dicho objetivo, que no sólo eran razones fiscales las únicas tenidas en cuenta en la operación. Tampoco se desprende del resultado final de la reestructuración realizada que la operación de compra y venta y el consiguiente ahorro fiscal, la que haya impulsado todo el proceso. Entendemos que en este caso la Administración no ha despejado las dudas existentes, pues no ha llegado a justificar y acreditar que, aún admitiendo que las consideraciones de ahorro fiscal hayan sido tenidas en cuenta por la parte demandante, las razones fiscales hayan sido las únicas determinantes para la realización de las operaciones controvertidas» (FJ 10º).*

Ciertamente, esta sentencia se acompaña de un voto particular discrepante, suscrito por dos magistrados. En él se apunta que otras entidades financieras (ajenas al grupo) habían ofrecido mejores condiciones de financiación que las finalmente concedidas por el prestamista (integrante del grupo), y se señala como más acertada la doctrina de otras sentencias anteriores del propio Tribunal en las que se afirma la existencia de fraude de ley en operaciones similares. En el propio voto se reconocen, no obstante,

dificultades conceptuales para aplicar las consecuencias del fraude de ley en estos casos (hasta el punto de haberse visto obligado el legislador, frente a estas prácticas, a reaccionar con medidas específicas limitativas de la deducción de gastos financieros).

Desde luego, no cabe desconocer que los supuestos enjuiciados en estas dos sentencias presentan ciertos rasgos de fondo que podrían explicar materialmente pronunciamientos aparentemente contradictorios frente a las sentencias del bloque anterior. En particular, en el primero de los casos, el préstamo para financiar la compra de la filial se había obtenido de un tercero ajeno al grupo empresarial (tal vez por ello la actuación se percibía como una opción legítima y no como una suerte de componenda interna); y, en el segundo, existía un informe pericial que justificaba las operaciones desde el punto de vista estratégico y que a juicio de la sentencia no había quedado convenientemente desvirtuado por la Administración. Sea como fuere, no obstante, la relevancia decisiva de esos elementos diferenciadores no se explicita en ningún momento para marcar la distinción frente a otras decisiones del Tribunal. Todo lo más, la STS de 20-5-2016 (rec. 2945/2014, III.3.1) menciona el hecho de que la financiación fuera externa como un argumento *a fortiori*, meramente para reforzar sus conclusiones. En todo caso, consideramos mucho más correcto el esquema probatorio propuesto en abstracto por el Tribunal en estas sentencias, pues ante una actuación formalmente regular de las partes no existe ninguna razón para exigir además a éstas la prueba de no haber actuado con un propósito elusivo, tal y como se desprendería de la otra línea de doctrina antes examinada.

#### **IV. EL NEGOCIO INDIRECTO**

##### **IV.1. UN APUNTE DE CARÁCTER GENERAL SOBRE LA NOCIÓN DE NEGOCIO INDIRECTO Y SU TRATAMIENTO CONFORME A LA VIGENTE LGT**

Bajo la vigencia de la LGT de 1963, la figura del negocio indirecto fue utilizada con frecuencia por la Administración tributaria, con el respaldo casi siempre de la jurisprudencia (incluida la del Tribunal Supremo), como forma de abordar la calificación de determinados conjuntos negociales sin necesidad de acudir a la declaración de fraude a la ley tributaria. Hemos de apuntar, sin embargo, que la distinción entre ambas figuras siempre nos pareció,



si se nos permite la expresión, algo *artificial*<sup>38</sup>. Si nos atenemos a la jurisprudencia que justificó el recurso con aquel fin a la noción de negocio indirecto, la presencia de éste implicaba la celebración de un acto o negocio típico con un fin distinto del que le es propio según el ordenamiento<sup>39</sup>. Con esa caracterización, sin embargo, ningún elemento relevante se aportaba para su delimitación conceptual frente al fraude de ley, pues son subsumibles en esta última categoría todas las conductas que persigan producir los efectos jurídicos propios de una realidad sujeta a gravamen (el resultado equivalente a que se refería el art. 24 LGT/1963) mediante la utilización de normas dictadas con distinta finalidad. Dicho de otro modo, siempre que se utiliza un negocio para el cumplimiento de un fin distinto del que le es propio y específico, como sería característico del negocio indirecto, derivándose de ello un ahorro tributario (respecto al gravamen que se hubiera soportado utilizando las formas jurídicas indicadas por el ordenamiento), estamos ante un «resultado jurídico equivalente» al que es propio de las formas jurídicas, más gravadas, que hubieran debido utilizarse (lo que constituye un rasgo caracterizador del fraude de ley), pudiéndose identificar también siempre en el negocio indirecto una norma de cobertura (en sintonía con lo que sucede también en los negocios en fraude de ley), que será la que regula el régimen sustantivo del negocio efectivamente celebrado y, eventualmente, también la que en su caso contemple un tratamiento fiscal más favorable para éste que el aplicable a la situación jurídica que se hubiera derivado del acto o negocio propio. El mismo Tribunal Supremo reconoce en ocasiones, de hecho, la coincidencia entre ambas categorías (negocio indirecto y fraude de ley), como en el caso de la STS de 14-2-2013 (rec. 1543/2012, IV.3.1)<sup>40</sup>:

*«Los requisitos de la artificiosidad y el de la ausencia de motivo económico válido, así como el de la obtención de una ventaja fiscal que no se hubiese logrado con el negocio usual, los cumplen tanto el negocio en fraude de ley como el negocio indirecto. De ahí*

---

(38) Ya hemos apuntado más atrás nuestra convicción personal acerca de la equiparación básica entre negocios indirectos y negocios en fraude a la ley, siguiendo en este punto a CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (*ob. cit.*, pág. 226).

(39) De acuerdo con la STS de 9-2-2012 (rec. 4612/2008, IV.1.1), que se remite en este punto a la de 17-2-2011, el negocio indirecto “*puede definirse como aquél en que las partes celebran un contrato típico y regulado en el ordenamiento jurídico con un fin distinto del que le es propio y específico*” (FJ 3º).

(40) Así también, implícitamente, en la STS de 30-5-2011 (rec. 1061/2007, II.1.1) que citamos luego de nuevo en el texto: “*Y es entonces cuando se produce la confluencia y posible superposición entre fraude de ley y simulación, que dificulta extraordinariamente su distinción, haciendo depender la consideración de una u otra figura, en cada caso concreto,*



*la referencia a uno y otro en las Sentencias de esta Sala de 30 de mayo de 2011 (recurso de casación 1062/07) y 23 de febrero de 2012 (recurso de casación 821/08)» (FJ 3º).*

Ciertamente, para justificar la dualidad de conceptos, y su diferente tratamiento, la STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012) afirma, como ya vimos, que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria requiere la existencia de negocios «válidos»<sup>41</sup>. Y antes, la STS de 9-2-2012 (rec. 4612/2008, IV.1.1), remitiéndose a un pronunciamiento anterior, invoca la presencia, en los negocios realizados en fraude de ley, de una causa típica supuestamente ausente de los negocios indirectos:

*«Por eso alcanzábamos la conclusión de que con la categoría de los negocios indirectos*

*"No se trata de desconocer los efectos jurídico-civiles pensados y queridos por las partes, mientras no perjudiquen a terceros, sino más bien de evitar, con un sentido práctico, que esa absoluta libertad de configuración, al menos formal y aparente, del contenido de los negocios jurídicos, pueda, de hecho, desvirtuar la correcta y natural aplicación de la norma tributaria.*

*Con esta interpretación, conciliable con las consecuencias que respecto de la causa establece el art. 1275 del Código Civil, se pretende exclusivamente salvaguardar los intereses generales de la Administración Tributaria, sin tener que recurrir a la figura del fraude de ley, en la que hay una causa típica, si bien el motivo, la intencionalidad, es ir contra el espíritu y finalidad de la ley"» (FJ 3º).*

Ahora bien, esta supuesta concurrencia de una causa típica en el negocio celebrado en fraude a la ley, que no estaría presente (supuestamente) en el negocio indirecto, tampoco sirve a nuestro juicio para marcar la distinción entre ambas figuras, primeramente porque ninguna alusión se contenía a la causa del negocio en el precepto regulador del fraude de ley y, en segundo lugar porque, aunque así hubiera sido, o ésta pudiera considerarse implícita en el concepto, también en el negocio indirecto es posible identificar la presencia de una causa típica, al menos en el sentido apuntado por la sentencia: la correspondiente al negocio propio cuyos efectos indirectamente se quieren alcanzar. Ello, salvo que quiera significarse que en los supuestos de

---

*de la labor de interpretación y de calificación que corresponde, primero, a la Administración tributaria y, luego, a los Tribunales.- (...) La utilización indistinta por la Administración tributaria y por jurisprudencia de las figuras o categorías antielusivas llevó a que, ante las dificultades de la prueba de la simulación, se acudiera a la categoría genérica del "negocio jurídico indirecto" (FJ 3º).*

- (41) Por su parte, las SSTS de 18-2-2015 (rec. 196/2013 y rec. 1203/2013) se han basado en idénticos razonamientos para apreciar la simulación en supuestos conceptualmente similares, aunque a diferencia de la sentencia citada en el texto, que juzgaba un caso de IVA, éstos se referían a la aplicación del Impuesto sobre Sociedades.

fraude de ley no concurre ninguna irregularidad en la causa; pero creemos que esa interpretación no sería sostenible pues, en tal caso, carecería de justificación que el ordenamiento contemplase una reacción específica contra ese tipo de conductas, y su propia denominación como «fraude de ley» quedaría a nuestro juicio fuera de lugar. La presencia de una causa típica, válida y ajustada a las características del acto o negocio celebrados, impediría en efecto, a nuestro modo de ver, hablar de un resultado contrario al ordenamiento jurídico, aunque con él se obtuviese una ventaja tributaria.

En resumidas cuentas, se diría más bien que la doctrina sobre el negocio indirecto y sus consecuencias en el ámbito tributario, se explica sólo como un intento (paradójicamente un tanto artificioso, aunque notablemente exitoso en su día) de facilitar el combate de la Administración contra las conductas elusivas, librando de forma poco ortodoxa a los órganos encargados de aplicar el tributo del corsé garantista que representaba el art. 24 LGT/1963. Así parece venir a reconocerlo, al cabo, el propio Tribunal en su ya citada STS de 30-5-2011 (rec. 1061/2007, II.1.1):

*«La utilización indistinta por la Administración tributaria y por jurisprudencia de las figuras o categorías antielusivas llevó a que, ante las dificultades de la prueba de la simulación, se acudiera a la categoría genérica del "negocio jurídico indirecto" y a que se aplicara la precisión legal sobre calificación establecida en el artículo 25 o 28.2 LGT/1963» (FJ 3º).*

A la vista de este escenario, resulta hasta cierto punto tranquilizador que el Tribunal Supremo haya interpretado que, bajo la regulación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria por el vigente art. 15 LGT, ninguna consecuencia práctica debe producir ya la apreciación de negocio indirecto en lugar de fraude a la ley, pues el citado precepto abarca ahora en su presupuesto, junto a los negocios en fraude de ley (conforme a la regulación precedente y al art. 6.4 CC) también sin duda las conductas elusivas que utilizan como vehículo el negocio indirecto. Ninguna diferenciación podrá hacerse en consecuencia a partir de ahora entre unos y otras para establecer sus consecuencias tributarias. Cabe decir pues que, atendida la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, la importancia de delimitar conceptualmente el negocio indirecto ha pasado a un plano muy secundario. Circunstancia que como sabemos no termina de conjurar el riesgo de confusión conceptual entre categorías elusivas, pues como se viene exponiendo son frecuentes las controversias para establecer, de una parte, cuándo una conducta puede reconducirse al gravamen pertinente mediante un simple ejercicio de calificación (ahora ya, siempre y cuando esa calificación no desvele la presencia de un negocio indirecto), así como, de otra parte, cuándo es ad-

misible apreciar la existencia de simulación, con todas las dificultades que esta última cuestión viene planteando, tal y como reconocía la misma STS de 30-5-2011 (rec. 1061/2007, II.1.1):

*«Además, debe tenerse en cuenta que, a pesar de la diferencia teórica que existe, en el plano conceptual, entre fraude de ley y simulación, se ha producido en su vertiente práctica, en su aplicación por la jurisprudencia una superposición y compatibilidad entre ambas figuras (...).*

*Ahora bien, el problema surge especialmente en la simulación de la causa por su estrecha vinculación con la finalidad o propósito que las partes persiguen al celebrar un contrato. Así se considera que un contrato realizado no con el fin habitual o normal, sino para el logro de un resultado singular adolece de vicio en la causa, y al apartarse de la "causa típica" o carecer de ella merece la calificación de simulado, con simulación relativa o absoluta. Y es entonces cuando se produce la confluencia y posible superposición entre fraude de ley y simulación, que dificulta extraordinariamente su distinción, haciendo depender la consideración de una u otra figura, en cada caso concreto, de la labor de interpretación y de calificación que corresponde, primero, a la Administración tributaria y, luego, a los Tribunales» (FJ 3º).*

## **IV.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE NEGOCIO INDIRECTO EN LA JURISPRUDENCIA**

A pesar de la circunstancia ya apuntada de subsunción de los negocios indirectos en el presupuesto legal del conflicto en la aplicación de la norma, puede ser interesante reseñar algunos de los casos más representativos de esta modalidad negocial, cuya presencia se mantiene (bien que cada vez menos) en la jurisprudencia más reciente. Ello servirá sobre todo para evidenciar hasta qué punto se ha de temer el mantenimiento de la confusión en la delimitación de las distintas conductas elusivas, pues resulta difícil identificar los rasgos diferenciadores que el Tribunal reconoce en las operaciones calificadas como negocio indirecto, no ya frente al fraude a la ley (lo que como ya se ha dicho ha perdido toda relevancia práctica), sino sobre todo frente a otras conductas cuyo tratamiento tributario puede abordarse mediante un simple ejercicio de calificación y, en particular, frente a los actos o negocios simulados.

La circunstancia expresada es claramente visible, por ejemplo, en la STS de 18-6-2012 (rec. 4397/2009, IV.1.2), donde se aborda el tratamiento aplicable a una clásica operación de *lease-back*. Es decir, la sociedad implicada en el caso había transmitido elementos de su inmovilizado completamente amortizados a una entidad dedicada a operaciones de arrendamiento financiero. La plusvalía derivada de la transmisión se consideró exenta de tributar, por aplicación del régimen entonces aplicable en caso de reinversión. A continuación, la entidad recibió de la adquirente los mismos

bienes para su utilización en régimen de arrendamiento financiero, mediante el pago de cuotas que implicaban la devolución en tres años del precio previamente percibido por la transmisión (más intereses), lo que le permitió volver a amortizar de nuevo los activos en cuestión. El Tribunal Supremo, en este caso, respaldó la actuación administrativa, que había considerado no deducibles las amortizaciones correspondientes al contrato de arrendamiento financiero, aduciendo que la operación constituía un negocio indirecto. Por supuesto, la regularización se llevó a cabo sin tramitar, como a nuestro modo de ver hubiera sido pertinente, un procedimiento especial de fraude a la ley tributaria.

Algo parecido cabe decir en relación con el caso abordado en la STS de 9-2-2012 (rec. 4612/2008, IV.1.1), cuyas circunstancias recuerdan mucho a otros donde el Tribunal Supremo ha avalado la regularización mediante simple calificación en el procedimiento comprobatorio ordinario (véase, en general, el anterior apartado II.2 de esta segunda parte del trabajo), pero que en este caso además se resuelve con la calificación expresa de la conducta como negocio indirecto [es decir, igual que se hizo en el caso de la STS de 26-4-2012 (rec. 140/2008, I.1.4), reseñado en el citado apartado II.2]. En concreto, dos cónyuges propietarios de un inmueble arrendado a terceros deciden, para eludir la carga tributaria correspondiente a las rentas que el bien genera, desgajar el derecho de usufructo para su aportación a una sociedad, de la que ambos son únicos socios, asignando al derecho en cuestión un valor a tal efecto muy reducido en proporción a la cuantía de los alquileres que se perciben. A partir de ese momento, la sociedad arrienda el inmueble a los propios cónyuges, sin tributar de manera efectiva por los ingresos percibidos, debido a las constantes y cuantiosas pérdidas que venía obteniendo con anterioridad a la operación y que le permiten enjugarlo. A su vez, los cónyuges ceden el uso del bien a quienes ya venían ocupándolo como arrendatarios, pero las rentas percibidas se ven compensadas en su mayor parte por el gasto que se origina por el arrendamiento que han de satisfacer a la sociedad, computable como gasto. Frente al entramado descrito, el Tribunal rechaza la existencia de fraude de ley y da la razón a la Administración al calificar el supuesto como negocio indirecto (aludiendo, de manera poco convincente a nuestro modo de ver como antes se ha dicho, a las diferencias conceptuales entre ambas figuras), declarando la procedencia de la sanción impuesta:

*«En el caso que enjuicamos, ninguna de estas circunstancias concurren [se refiere a las que caracterizan el fraude a la ley] en orden a la posibilidad que corrijamos lo afirmado por la sentencia recurrida puesto que, por el contrario, la calificación de lo acontecido como negocio indirecto se desprende con clara racionalidad de algunas de sus notas» (FJ 3º).*

*«En este caso, el aserto de la sentencia impugnada sobre el "extravagante artificio" creado para eludir el tributo constituye, junto con la descripción de los hechos que soportan tal calificación, base suficiente como para que aceptemos el criterio de la Sala de instancia, a la vista de que el tipo de infracción grave del apartado a) del art. 79, antes y después de la reforma introducida por la Ley 25/1995, de 20 de julio, en un régimen de autoliquidación preceptiva, requería y requiere que se haya producido una falta de ingreso derivada de una declaración-liquidación manifiestamente errónea y hasta cabría decir que temerariamente producida (sentencia de 27 de septiembre de 1999, recurso de casación 7539/1994 ). Y no de otra cosa se puede hablar cuando a través de un entramado como el antes descrito se pretende que no resulten gravados en el IRPF determinados rendimientos inmobiliarios» (FJ 4º).*

Como se ve, pese a que se encuentran presentes aquí todos los rasgos característicos del fraude a la ley y, como es natural, también de las conductas elusivas englobadas en el presupuesto del conflicto en la aplicación de la norma, el gravamen de la situación se resuelve apreciando un negocio indirecto (en el apartado anterior manifestamos precisamente nuestra discrepancia con los criterios que esta sentencia sostiene para diferenciar ambas conductas), todo lo cual pone de relieve una vez más las dificultades para predecir con un mínimo de fiabilidad cuál será la respuesta futura del Tribunal Supremo ante supuestos similares. Máxime por el temor de que, ante lo que en ese momento se reputaba negocio indirecto (cuando con ello bastaba para eludir las limitaciones de la declaración de fraude a la ley), pueda surgir ahora la inclinación a su tratamiento por el cauce de la simple calificación, o a considerarlo constitutivo de simulación, para evitar las condiciones impuestas por el vigente art. 15 LGT a la declaración de conflicto.

Por último, un exponente claro de la verosimilitud del riesgo que acabamos de apuntar es la STS de 24-10-2013 (rec. 1650/2011, IV.2.1). Frente a un supuesto que, a nuestro modo de ver, vuelve a ser claramente manifestación de conducta artificiosa, subsumible entonces en el fraude a la ley, la Administración declara, y el Tribunal Supremo confirma, la presencia de un negocio indirecto, susceptible de calificación sin especiales formalidades con la normativa entonces en vigor, pero con una clara equiparación implícita de la conducta a la categoría de los negocios simulados:

*«Ningún inconveniente existe para encuadrar las operaciones realizadas en la consecución de la elusión fiscal, dentro de la figura del negocio indirecto, y en el que los negocios, los contratos u operaciones típicas resultan ser una simple pantalla jurídica o medios*

*en la consecución de fines buscados por las partes. Como es conocido en el negocio indirecto u oblicuo se invierte la relación normal entre motivo y causa jurídica, el propósito último de los instrumentos pasa a ser aquí causa del negocio, en tanto que la causa típica legal de este negocio se convierte en puro medio para la consecución de aquel fin, lo que nos ha de llevar a significar la falta de virtualidad a los efectos que pretende la parte recurrente en la distinción que ofrece entre la causa del negocio y la intención o finalidad subjetiva buscada con el mismo» (FJ 3º).*

Y más tarde, frente a los mismos hechos:

*«A nuestro entender la Sala de instancia explica suficientemente en el Quinto fundamento jurídico de su sentencia, que el carácter simulado de la operación quedó acreditado mediante la prueba de presunciones a partir de determinados hechos suficientemente justificados y que expresamente son recogidos en la misma (...).*

*Como decimos, este Tribunal considera que el entramado operativo creado tuvo la finalidad vista, pero aún de tener dudas, debemos recordar que la simulación es un hecho cuya prueba corresponde a la parte que la afirma y en cuanto hecho pertenece al ámbito de la exclusiva potestad de los jueces de la instancia para decantar la realidad que se encuentra en la base del litigio. Como se ha puesto de manifiesto la Sala de instancia ha realizado un serio y riguroso examen y valoración de las pruebas que tuvo a su disposición, ha juzgado que la Administración justificó la existencia de la simulación partiendo de unos datos ciertos que autorizan a presumirla» (FJ 4º).*

### **IV.3. LA APLICACIÓN RETROACTIVA DEL ART. 15 LGT A LOS NEGOCIOS INDIRECTOS: EXCLUSIÓN DE EFECTOS SANCIONADORES**

Para cerrar este apartado es preciso mencionar un efecto algo inesperado, pero totalmente razonable, que el Tribunal Supremo ha asociado a la subsunción sobrevenida de los negocios indirectos entre las conductas constitutivas del conflicto en la aplicación de la norma tributaria regulado en el art. 15 LGT. La consecuencia es que los mismos hechos que, como negocios indirectos, fueron objeto de sanción bajo la normativa de la LGT/1963, al no haberse estimado pertinente su calificación como fraude de ley, devienen no sancionables como consecuencia de la entrada en vigor de la LGT y, en concreto, en aplicación de lo dispuesto por el art. 15.3 (que como se sabe, excluía la imposición de sanciones en los supuestos de conflicto, con independencia de que a partir de la Ley 34/2015 tales supuestos puedan ya ser objeto de sanción bajo las condiciones previstas en el nuevo art. 206 bis). Así pues, la aplicación retroactiva del régimen sancionador más favorable, determina, de acuerdo con la STS de 14-2-2013 (rec. 1543/2012, IV.3.1), que las infracciones cometidas mediante la celebración de negocios indirectos bajo la vigencia de la LGT/1963 queden «destipificadas», debiendo quedar sin efecto las san-



ciones no firmes impuestas conforme a la regulación del citado texto legal:

*«En la práctica, la línea fronteriza entre los distintos negocios jurídicos anómalos es en gran parte de las ocasiones muy tenue, y a ello debe añadirse que en el caso que resolvemos, la sentencia, que, insistimos, es a la que hay que estar, tras resumir la posición del TEAC en la forma que se ha expuesto, no califica las operaciones antes descritas como simulación (artículo 16 de la Ley 58/2003) y, por otra parte, llega a afirmar que el resultado de la conjunción de la venta de los derechos de suscripción y de su depósito es un negocio jurídico susceptible de calificarse de "indirecto".*

*Sobre tales premisas, ha de señalarse que el artículo 15 de la Ley 58/2003, General Tributaria establece:*

*[Se reproduce a continuación el texto del artículo 15 LGT 2003, en su redacción original, donde se excluía totalmente la aplicación de sanciones]*

*Los requisitos de la artificiosidad y el de la ausencia de motivo económico válido, así como el de la obtención de una ventaja fiscal que no se hubiese logrado con el negocio usual, los cumplen tanto el negocio en fraude de ley como el negocio indirecto. De ahí la referencia a uno y otro en las Sentencias de esta Sala de 30 de mayo de 2011 (recurso de casación 1062/07) y 23 de febrero de 2012 (recurso de casación 821/08).*

*Y la inexistencia de sanción, establecida en el apartado 3 del artículo 15 hace que debamos estimar los motivos formulados por los recurrentes, al estar destipificada la infracción, tal como se alega» (FJ 3º).*

De todas formas, el tenor de la sentencia tampoco invita a un excesivo optimismo, pues como se ve su decisión está condicionada por los términos en que se produjo la calificación de los hechos como negocio indirecto en vía administrativa, dando a entender que la solución podría haber sido otra si la resolución sancionadora se hubiera basado en el carácter simulado de la conducta. Sobre esa posibilidad, pasamos a examinar las líneas que viene desarrollando el Tribunal.

## **V. LA SIMULACIÓN TRIBUTARIA EN LA JURISPRUDENCIA**

### **V.1. GENERALIDADES SOBRE EL CONCEPTO DE SIMULACIÓN EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO**

Como es bien sabido, el art. 16 LGT contempla la posible presencia de simulación y sus consecuencias en el ámbito tributario, disponiendo sucintamente que cuando exista se gravará el hecho imponible efectivamente realizado por las partes. La apreciación de la simulación por tanto se llevará a cabo en el curso del proceso de calificación de los hechos, e implica supervisar la realidad de los actos o negocios formales que los obligados tributarios declaran haber celebrado, como paso inmediatamente previo a su



subsunción en las normas tributarias que determinan su gravamen. A tal fin, es preciso establecer el significado del término simulación, siendo lo más razonable, teniendo en cuenta los parámetros de interpretación que establece el art. 12 LGT, que se consideren incluidas en el mismo las conductas que respondan al concepto de simulación técnico jurídico normalizado en el ámbito jurídico privado<sup>42</sup>. No existe ningún motivo para apartarse a estos efectos de los perfiles de la única categoría jurídica que, respondiendo a esa denominación, no sólo tiene larga tradición en nuestro derecho civil, sino que se ajusta además a la perfección a la finalidad que razonablemente puede presumirse subyacente en el art. 16 LGT: la posibilidad de que, a los solos efectos tributarios, la calificación de los hechos se lleve a cabo por el órgano administrativo con arreglo a la auténtica realidad jurídica objeto de gravamen, sin necesidad de recabar el auxilio de la jurisdicción para declarar la falsedad de los actos o contratos celebrados, trámite que entorpecería de manera notable el ejercicio de la función aplicativa del tributo. Otra cosa es que la Administración tributaria y los Tribunales contencioso-administrativos se ajusten siempre con rigor al concepto jurídico civil a que se acaba de hacer alusión, cuestión a la que nos referiremos enseguida<sup>43</sup>.

En todo caso, sea cual sea el concepto de simulación que se considere relevante a efectos tributarios, conviene, con fines expositivos, subrayar de nuevo en este momento la importancia que tiene su caracterización y delimitación frente a otro tipo de conductas elusivas, pues las consecuencias derivadas de abordar la regularización de un obligado tributario mediante un cauce u otro pueden llegar a ser de extraordinario relieve. Primeramente, por la inexistencia de limitaciones específicas a la imposición de sanciones en caso de simulación; pero también porque la presencia de ocultación normalmente implícita en la realización de actos o negocios simulados podría no sólo abonar un cierto automatismo en la apreciación de la culpabilidad, sino determinar la relevancia penal de la conducta.

---

(42) Cfr. RAMÍREZ GÓMEZ, S. (*ob. cit.*, pág. 2), y los autores que cita. Así, en particular, también ZORNOZA PÉREZ, J. [«La simulación en Derecho tributario», en *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo I, Aranzadi (2010), pág. 565].

(43) ZORNOZA PÉREZ, J. (*ob. cit.*, pág. 554), lamenta que el recurso a la simulación, en ocasiones, no sea más que una vía de eludir el procedimiento para la declaración de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria y para hacer posible la imposición de sanciones e incluso la incriminación por delitos contra la Hacienda Pública.

La delimitación de la simulación como categoría exige su diferenciación, primeramente, de otras conductas que, sin responder a sus perfiles (en particular, por no existir ocultación), pueden ser objeto de regularización mediante un simple acto de calificación del acto o negocio, de acuerdo con su verdadera naturaleza. Así, aunque inseparable del proceso de calificación, la apreciación de la simulación exige un despliegue probatorio previo destinado a elucidar la realidad que las partes han ocultado. La prueba de la conducta simulada precede necesariamente, pues, a la calificación propiamente dicha<sup>44</sup>. Ésta, como se sabe, implica establecer la naturaleza jurídica de las relaciones derivadas del acto o negocio formalmente celebrado (antes habrá debido determinarse si el contenido de éste declarado por las partes se corresponde con la auténtica realidad), a efectos de aplicar el gravamen procedente, con independencia de la denominación que las partes hayan dado al negocio (*nomen iuris*) y, por supuesto, del tratamiento tributario que hayan reclamado para él (mediante declaración o autoliquidación tributaria). El uso de una denominación inadecuada para el acto o negocio celebrado<sup>45</sup>, o la atribución improcedente al mismo de unos efectos jurídico-materiales distintos de los que realmente produce conforme a derecho, en función de su contenido<sup>46</sup>, determinará que el órgano encargado de la aplicación del tributo corrija dichos extremos para reconducir la realidad jurídico-material a la tributación que le corresponde.

- 
- (44) Así lo ha declarado de forma tajante, aunque asociando al aserto unas consecuencias de las que discrepamos, la STS de 22-6-2016 (rec. 3176/2014, V.1.2): “*aunque se haya producido e incardinado en un complejo negocial, en este tipo de operaciones, la simulación ha de ser descartada, con carácter previo, a la consideración del fraude de ley, y no al revés, como a veces se preconiza*” (FJ7º). Aunque más adelante haremos referencia de nuevo a este pasaje, el problema que encontramos en él es que, aceptando el concepto de simulación implícito en la sentencia, difícilmente queda espacio para que, una vez descartada su presencia, pueda apreciarse fraude de ley, pues de concurrir el artificio propio de éste, ello sería suficiente para declarar con carácter previo el carácter simulado de la conducta.
- (45) Era el caso, expuesto más atrás (epígrafe I.1), de un negocio denominado donación por las partes, donde el análisis de su contenido revelaba la presencia de una carga económica para el donatario, por lo que la calificación debía realizarse, con independencia del *nomen iuris*, con arreglo a su verdadero contenido como contrato parcialmente oneroso (STS de 10-4-2012 [rec. 1208/2008, I.1.3]).
- (46) Así, en otro caso reseñado *supra* (epígrafe I.1), cuando las partes, al cumplir sus obligaciones tributarias, habían considerado que la cesión de los derechos federativos de un deportista a una entidad no residente determinaba que la retribución satisfecha constituía renta de la entidad cesionaria, cuando en realidad, conforme a ese tipo de cesiones, la entidad se convertía en mera mediadora en el pago de las cantidades pertenecientes al deportista (STS de 20-2-2012 [rec. 6086/2008, I.1.1]).

De la misma forma que cuando se aprecia la simulación, para aplicar una calificación discrepante no será necesario observar ningún trámite especial, pues los efectos tributarios aplicados serán los propios del negocio formalmente celebrado; no hará falta evidenciar que se han logrado de manera artificiosa con dicho negocio los efectos de otro, dado que no se trata de asociarle la tributación correspondiente a uno distinto<sup>47</sup>. No serán aplicables, por tanto, las limitaciones explícitas a la imposición de sanciones previstas para la declaración de fraude o conflicto. Pero tampoco aquí cabrá hablar de simulación, pues nada habrá permanecido oculto, circunstancia que posee singular relieve, pues como ya se ha dicho, el elemento de ocultación, implícito en toda operación simulada, suele conllevar consecuencias sancionadoras con carácter cuasi-automático, cuando no un reproche más grave, de carácter penal. Por el contrario, la imposición de sanciones en razón de una simple calificación discrepante de los hechos debería requerir siempre una prueba específica de la culpabilidad, además de excluir, en principio, la concurrencia del tipo penal, teniendo en cuenta que se halla ausente en la conducta la ocultación maliciosa de los hechos requerida a tal efecto.

Desde otra perspectiva, y con consecuencias más relevantes si cabe, la delimitación de la simulación como categoría en el ámbito tributario viene planteando dificultades, como ya hemos visto, en relación con los supuestos de fraude a la ley y/o conflicto en la aplicación de la norma tributaria. En tal sentido, por una parte, resulta necesaria su distinción de los que podríamos calificar como negocios u operaciones tradicionales de fraude a la ley. En principio, si nos atenemos al concepto jurídico de simulación (que, como se acaba de afirmar, no debería ser otro que el concepto jurídico civil o privado), la diferencia en abstracto es clara, pues la simulación implicaría la inexistencia del negocio que se afirma haber celebrado (o de la realidad jurídica que se dice haber constituido). El negocio o contrato simulado constituye una mera apariencia, fruto de la declaración falsa de las partes, con objeto de encubrir la auténtica realidad, que puede ser un acto o negocio diverso del declarado (simulación relativa), o bien la ausencia de cualquier acto, operación o negocio (simulación absoluta). Los negocios en fraude a la ley, o de carácter artificioso, son, en cambio, rea-

---

(47) Como indica PALAO TABOADA, C.: *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, obra colectiva, Centro de Estudios Financieros (2004), pág. 67, «lejos de prescindir del tipo elegido por los interesados -con arreglo al Derecho privado aplicable-, el criterio legal de calificación exige, en principio, estar a él».

les y existentes, caracterizándose según hemos visto por perseguir un resultado contrario al ordenamiento jurídico. Como venimos afirmando, en nuestra opinión, ese resultado contrario consiste en la institución de una sustancia jurídica propia de otro acto o negocio, para cuya consecución resulta inapropiada, de acuerdo con el ordenamiento, la forma del negocio celebrado, además de determinar un ahorro fiscal, normalmente derivado del tratamiento más favorable que la normativa contempla para este último. Se incluirían, pues, en este supuesto los llamados negocios indirectos, aunque el Tribunal Supremo los ha venido concibiendo normalmente como categoría diferenciada, si bien de todas formas serían objeto de un régimen idéntico bajo la categoría del conflicto en la aplicación de la norma tributaria a partir de la LGT de 2003. En todo caso, también los negocios indirectos existen en la realidad, siendo su rasgo más significativo el de producir un resultado jurídico que no se corresponde con el modelo negocial empleado, normalmente por recibir este último un tratamiento ventajoso respecto al negocio formal cuyos efectos se pretenden por las partes.

Por las razones apuntadas, y en especial por la diferente gravedad de las consecuencias punitivas que pueden derivarse en función del tipo de conducta, la labor de delimitación conceptual en esta materia es especialmente delicada. Con mayor razón porque, si establecer los perfiles de cada categoría elusiva resulta relativamente fácil desde el punto de vista teórico, las dificultades se multiplican ante las complejas manifestaciones de conducta que luego ofrece la realidad. Por el momento, no nos resistimos a expresar nuestra inquietud por la actitud interpretativa de los órganos encargados de aplicar los tributos, avalada por una jurisprudencia muy extendida, con la que se ha dado lugar a un concepto de la simulación tributaria que parece exceder como veremos notoriamente el ámbito de la simulación civil. Planteada la cuestión de manera sucinta, la clave reside en dilucidar si puede considerarse que exista simulación a efectos tributarios cuando han sido declarados de forma pública todos los extremos relevantes de las operaciones realizadas, sólo por el hecho de que éstas no sean adecuadas al propósito negocial realmente perseguido, teniendo en cuenta que la divergencia de dicho propósito con el que sería propio de los negocios celebrados ha sido apreciada por la Administración a partir del propio contenido declarado por las partes (es decir, nada se ha ocultado). En suma, y como venimos reiterando, el problema reside en la normalización, por cierta jurisprudencia tri-

butaria, de una modalidad específica de conducta simulada, denominada simulación de la causa<sup>48</sup>, ajena al ámbito tradicional de la simulación civil, pues falta en ella el elemento de ocultación o falseamiento de la realidad propio del concepto clásico de esta categoría, lo que la aproxima más bien a las conductas artificiosas constitutivas de fraude a la ley o conflicto en la aplicación de la norma<sup>49</sup>.

A continuación, expondremos los rasgos más característicos del concepto de simulación tributaria en la jurisprudencia de la Sala 3ª, sin renunciar al comentario crítico de la doctrina últimamente aludida, partiendo de la observación de los principales pronunciamientos donde aparece expresada.

## V.2. FORMULACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PERFILES DE LA SIMULACIÓN TRIBUTARIA

### ***A) Cuestiones previas: forma de la declaración de simulación y prueba de su existencia***

En cuanto a la forma de hacer constar la simulación, es conocido que su declaración no requiere el cumplimiento de ningún trámite específico similar al previsto para el conflicto en la aplicación de la norma tributaria (y antes para el fraude de ley). Sin embargo, conviene apuntar que el Tribunal Supremo ha señalado la necesidad de que sea declarada de manera ex-

---

(48) LINARES GIL, M.I. [«El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», en *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria. Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*, obra colectiva, IEF (2004), pág. 126] deja constancia de este hecho con preocupación: «El problema surge en la simulación de la causa, dada su imprecisa configuración en el derecho español y su estrecha vinculación con la finalidad o propósito práctico que las partes persiguen con un determinado contrato. Así se llega a afirmar que un contrato realizado no con el fin o propósito habitual o normal sino para lograr un resultado singular adolece de vicio en la causa, apartándose de su “causa típica”, llegando a carecer de ella y merecer la calificación de simulado. En este momento se produce la confluencia entre el fraude de ley y la simulación que dificulta extraordinariamente su distinción, dependiendo del concreto operador del derecho su calificación».

(49) *Como en su día indicara la STC 120/2005, de 10-5-2005, «mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de Ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista» (FJ 4º).*

presa en el acto de liquidación. Así, la STS de 14-4-2016 (rec. 3153/2014, V.1.6)<sup>50</sup>:

*«El nuevo artículo 16.2 de la LGT 2003 exige que la simulación sea declarada en el acto de liquidación. La regulación establecida en el artículo 25 de la LGT de 1963 establecía que los actos o negocios en los que se produzca la existencia de simulación el hecho gravado será el efectivamente realizado por las partes con independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados.*

*Dicho precepto no contenía una expresa exigencia de declaración de simulación como ahora sucede, pero lo cierto es que la apreciación de la simulación, para poder paliar los efectos de la elusión, gravando el hecho imponible realizado, exigía acreditar y razonar la existencia de simulación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 7 de Julio de 2011, rec. 260/2008)» (FJ 4º).*

Como se ve, la exigencia de una declaración expresa podía considerarse presente, a criterio del Tribunal, ya bajo la normativa anterior a 2003, pese a no contener el precepto entonces vigente ninguna referencia explícita al respecto. Por otra parte, como se desprende del pasaje transcrito, resulta de la máxima importancia, para que la declaración administrativa de simulación pueda estimarse válida, la cuestión de la prueba. En relación con este aspecto, la jurisprudencia comentada no ha dudado en suscribir la elemental consideración de que la prueba de la simulación corresponde a la parte que alega su existencia. Es decir, en este ámbito, la carga probatoria recae en la Administración tributaria<sup>51</sup>. No obstante, debido a las dificultades que tradicionalmente se han constatado para aportar una prueba directa de estas conductas, ante el natural empeño de quienes las llevan a cabo por borrar toda evidencia de la realidad que tratan de mantener oculta, suele afirmarse también la posibilidad de acudir a tal efecto a pruebas indirectas o pruebas de indicios. En este sentido, entre otras muchas, la STS de 18-3-2013 (rec. 392/2011, V.1.7):

*«La Audiencia Nacional, valorando las pruebas que tuvo a su disposición, ha juzgado que la Administración justificó la existencia de la simulación partiendo de unos datos ciertos que autorizan a presumirla. Recuérdese que la prueba de presunciones se admite en el ámbito tributario ( artículos 118.2 de la Ley General Tributaria de 1963 y 108.2 de la Ley homónima de 2003). Así pues, los jueces de la instancia han avalado la utilización por la Administración en este caso de la prueba de indicios, acudiendo ella misma a este instrumento probatorio» (FJ 2º).*

---

(50) Con todo, no es fácil saber si el Tribunal considera suficiente para cumplir esta exigencia (como se admitió en aquel caso, bajo la vigencia del art. 25 LGT 1963) que el órgano administrativo ponga de relieve la concurrencia de los elementos propios de la simulación, aun sin mencionar su existencia, o con el actual art. 16.2 es necesario que la declaración de simulación sea terminante y literal.

(51) Por todas, entre las más recientes, las SSTS de 8-3-2012 (rec. 4789/2008, V.1.5, FJ 3º), 18-3-2013 (rec. 392/2011, V.1.7, FJ 2º), o 14-4-2016 (rec. 3153/2014, V.1.6, FJ 4º).



Por otra parte, la apreciación del valor de las pruebas concurrentes, normalmente indiciarias, es una facultad que corresponde a la Administración, primero, y luego al órgano jurisdiccional que, en su caso, se encargue de revisar el asunto en la instancia. La valoración realizada por el Tribunal *a quo* no es revisable en casación, salvo que la parte alegue y demuestre que cometió infracción de preceptos reguladores de la valoración de la prueba tasada o llevó a cabo una apreciación ilógica, arbitraria o irrazonable. En consecuencia, con excepción de estos dos casos, la apreciación de simulación no puede ser alterada en casación. Puede citarse por todas en este sentido, la STS de 24-4-2012 (rec. 3586/2008, V.3.1)<sup>52</sup>:

*«En efecto, la simple lectura del fundamento quinto de la sentencia impugnada y de los argumentos que sustentan este motivo de casación permite constatar que la entidad recurrente pide la revisión de la valoración de la prueba, que está vedada en casación, salvo que se alegue y demuestre que Sala de instancia infringió preceptos reguladores de la valoración de pruebas tasadas o realizó una apreciación de la prueba ilógica, irracional o arbitraria, según reiterada doctrina de esta Sala» (FJ 3º).*

Basándose en estas limitaciones, la STS de 7-2-2012 (rec. 4259/2009, V.1.12) rechazó por ejemplo considerar siquiera la revisión de la valoración que la Sala de instancia había hecho de un dictamen pericial:

*«El motivo debe desestimarse pues la valoración de la prueba corresponde a la Sala, sin que un dictamen pericial que ofrece a la Sala una serie de dudas sobre si se emitió sobre maquinaria nueva o usada, su antigüedad y posibilidad de utilización, tenga que ser admitido cuando existen otros datos en el expediente, que reflejaban lo contrario» (FJ 2º).*

Y, más adelante, la misma sentencia:

*«Los motivos deben desestimarse porque a través de ello se trata de desvirtuar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, cosa que no es posible en casación, salvo en los casos en que se haya producido error de hecho, arbitrariedad o irracionalidad» (FJ 8º).*

No obstante, estas limitaciones no suponen una exclusión absoluta de cualquier pronunciamiento sobre la prueba del Tribunal Supremo en casación. En particular, como queda dicho, será procedente revisar el criterio del órgano de instancia cuando éste haya incurrido en una infracción de las reglas de valoración de pruebas tasadas o en una apreciación de la prueba

---

(52) Igual, entre otras muchas, las SSTS de 22-3-2012 (rec. 3786/2008, FJ 3º), de 26-4-2012 (rec. 252/2008, FJ 3º), de 18-3-2013 (rec. 392/2011, V.1.7 y VII.1.3, FJ 2º), de 24-10-2013 (Recurso 1650/2011, IV.2.1, FJ 4º), de 4-3-2015 (rec. 4061/2012, FJ 5º), y varias de 24-2-2016 (rec. 3819/2013, FJ 12º; rec. 3908/2013, FJ 5º; rec. 349/2014, FJ 7º al 10º; rec. 948/2014, FJ 7º.2; rec. 3976/2014, V.1.11, FJ 3º; rec. 4044/2014, V.1.10 y V.2.1, FJ 2º, motivos 7º al 9º; y rec. 4134/2014, FJ 7º.2.B).



ilógica, irracional o arbitraria. Con este motivo, la STS de 1-3-2017 (rec. 533/2016, V.4.1) rechazó la existencia de simulación en el despido de dos trabajadores y su posterior contratación por empresas vinculadas a la sociedad contribuyente, aceptando de ese modo que el arrendamiento de inmuebles que ésta llevaba a cabo no constituía una actividad económica (ante la ausencia de empleados, tras el despido). A tal efecto, el Tribunal Supremo entró en la valoración de pruebas testificales que la sentencia de instancia había obviado tener en cuenta, considerando por tal motivo que ésta había incurrido en una incongruencia valorativa (FJ 10<sup>o</sup>)<sup>53</sup>.

Es distinto el caso de la STS de 13-3-2017 (rec. 532/2016), aunque en ella se rechace también la conclusión de la Sala de instancia basada en la concurrencia de simulación. En este caso, lo que hace el Tribunal Supremo no es tanto rectificar la valoración de la prueba como la calificación dada a los hechos, al considerar irrelevante la supuesta simulación de una serie de actuaciones (de cambio de objeto social entre otras) dirigidas supuestamente a ocultar la existencia de una actividad económica de gestión de participaciones. La constatación de estas actuaciones simulatorias habría llevado a la Administración y a la sentencia de instancia a rechazar la aplicación del régimen de las sociedades patrimoniales (por tener el sujeto pasivo la condición de sociedad holding, modalidad societaria expresamente excluida por la Ley de dicho régimen). El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que el hecho reseñado no influía en la calificación del supuesto, toda vez que a partir de una determinada fecha el propio órgano de instancia reconocía que la entidad había vendido la totalidad de las participaciones que gestionaba, dejando de tener la condición de sociedad holding, prolongándose esta situación durante más de 90 días antes de la conclusión del período impositivo, lo que era suficiente, de acuerdo con la normativa, para hacer aplicable el régimen de las sociedades patrimoniales, tal como pretendía el sujeto pasivo. En otra STS de la misma fecha, 13-3-2017 (rec. 185/2016), pese a la apariencia similar del caso (exclusión del régimen de las sociedades patrimoniales), el Tribunal dio la razón a la Administración y a la sentencia de instancia, pues lo que éstas habían hecho no

---

(53) La sentencia citada, no obstante, considera improcedente la aplicación del régimen de las sociedades patrimoniales, contra lo que pretendía la interesada, debido a la existencia también de una actividad de promoción inmobiliaria. Ahora bien, al rechazar que exista simulación en cuanto a los despidos de los trabajadores, anula las sanciones, por haberse basado su imposición precisamente en la existencia de una conducta simulada.

era apreciar simulación, sino calificar la actividad de la entidad como promoción inmobiliaria, por lo que no cabía exigir ni las pruebas de la simulación ni tampoco el procedimiento para la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Como síntesis emergen, a partir de las consideraciones jurisprudenciales expuestas, dos elementos clave relativos a la prueba, que se encuentran en el origen de todas las controversias acerca del tratamiento jurisprudencial de la simulación en el ámbito tributario: el primero, la justificación del uso de indicios o presunciones *hominis* para sustentar su declaración, debido a las dificultades existentes de ordinario para aportar una prueba directa de la conducta; el segundo, la atribución de una potestad de valoración exclusiva de tales pruebas de indicios a los órganos jurisdiccionales de instancia (con excepciones sólo en casos muy cualificados). Lo primero ha dado lugar a lo que, en nuestra opinión, y según iremos razonando, es un exceso en la valoración de las pruebas indirectas, pues suele partirse de aceptar la realidad de los actos o negocios simulados para afirmar precisamente su inexistencia, lo cual constituye un contrasentido desde el punto de vista lógico. Lo segundo determina que, a la postre, no sea extraño encontrar en la práctica soluciones contradictorias para casos aparentemente similares, en función de la predisposición íntima de cada órgano juzgador a conceder más o menos relevancia probatoria a indicios aparentemente similares.

### ***B) El concepto singular de simulación a efectos tributarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la simulación de la causa***

Una buena muestra del particular modo de razonar del Tribunal Supremo para avalar la presencia de una conducta simulatoria a efectos tributarios se encuentra en la STS de 22-6-2015 (rec. 2496/2014, V.1.1). En ella se comienza vinculando la simulación, de manera esencialmente correcta, a la falsedad de la causa del negocio:

*«Existe simulación, como es sabido, cuando no hay causa para un negocio (simulación absoluta) o cuando bajo la causa aparente o falsa de un negocio subyace la auténtica (simulación relativa). Dicho en otras palabras, se produce simulación cuando se presenta a terceros un negocio que nunca se realizó (simulación absoluta) o que, como acontece en el presente caso, encubre al realmente querido (simulación relativa)» (FJ 3º).*

A continuación, sin embargo, de manera contradictoria a nuestro juicio, se admite abiertamente en el caso juzgado la realidad del negocio supuestamente simulado, confundiendo de este modo la falsedad de la causa (ca-

racterística de la simulación) con la inadecuación de la misma a los fines perseguidos por las partes al celebrar el negocio (cualidad que sería propia de un negocio realmente celebrado, bien que de carácter artificioso, es decir, en fraude a la ley):

*«La recurrente deberá estar de acuerdo en que si hubiera ella directamente abierto una cuenta a plazo no habría tenido derecho a la deducción, por ello debe estarlo también en que la creación de una sociedad con el único fin de canalizar esa operación financiera no es más que un artificio con la finalidad de alcanzar un beneficio del que de otra manera no hubiera disfrutando» (FJ 5º).*

Esta identificación entre conducta simulada y negocio artificioso, como en el apartado anterior se avanzaba, suele alcanzarse mediante lo que a nuestro modo de ver es una utilización inadecuada de la prueba indirecta. Así, se sitúa como base fáctica de la inferencia el resultado producido con el negocio, lo que supone reconocer la propia realidad de éste y de sus resultados, para alcanzar luego la conclusión de que dicho negocio no existe. Dicho de otro modo, la observación del contenido existente del negocio sirve al mismo tiempo para deducir también su carácter simulado, esto es, su inexistencia, por considerarse que sus resultados efectivos no se corresponden con la causa típica del tipo negocial empleado. Se alcanza, por este camino, la inferencia de que las partes han ocultado la verdadera causa del negocio, confundiendo así, de acuerdo con nuestro humilde parecer, causa negocial con fines subjetivos de las partes. Así se evidencia claramente por ejemplo cuando la STS de 27-11-2015 (rec. 3346/2014, V.1.9) desliza que la sentencia impugnada había deducido (de manera correcta) de los hechos concurrentes «que la *finalidad última y disimulada* de las operaciones llevadas a cabo por el grupo era la de sustraer a la tributación por el IRNR las rentas obtenidas» (FJ 6º) [el énfasis es nuestro]. En esta misma línea, la STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012), comentada más atrás (véase epígrafe II.3 de la Segunda Parte), razona que es «clara la simulación contractual puesto que no existe la causa que define y caracteriza a los contratos de arrendamiento, pues la causa de la convención *responde a otra finalidad jurídica distinta*, obtener la devolución del IVA, siendo evidente la disociación entre la voluntad manifestada y la querida» (FJ 4º) [el énfasis es nuestro].

Otro exponente claro de esta forma de discurrir es la STS de 22-6-2016 (rec. 3176/2014, V.1.2):

*«La simulación cuya concurrencia se discute en estos autos radica en que unos bienes radicalmente inidóneos para la inversión controvertida, (existencias) se transmutan, mediante las operaciones cuya simulación se preconiza, en bienes de naturaleza distinta,*

*(activo inmovilizado). Es esta transmutación, la que requiere los negocios celebrados y es en esa celebración con el propósito enunciado, donde radica la simulación, objetivo que es tanto más manifiesto cuando más oculto es el mecanismo utilizado. Es frecuente sostener que la simulación se circunscribe a los elementos objetivables. Contrariamente, el rechazo que la simulación comporta es más censurable y rechazable cuando se produce mediante mecanismos ocultos no fácilmente identificables, pero no por ello menos manifiestos que, es, lo que aquí sucede» (FJ 7º).*

Dicho de otro modo, se comienza afirmando que el objetivo de las partes (transmutar la naturaleza de los bienes, haciéndolos así aptos para materializar la reinversión) es *manifiesto*, si bien el mecanismo empleado a tal efecto habría permanecido oculto. Esto último, sin embargo, es discutible a tenor de la propia sentencia, pues si se consideraba que dicho mecanismo había sido la aportación de los bienes a la constitución de una sociedad pantalla, lo cierto es que fue precisamente el conocimiento de esa operación societaria, nunca oculta (aunque se mantuviese oculto el propósito buscado con ella), lo que había alertado a la Administración acerca de la maniobra pretendida por el sujeto. Por otra parte, el mismo párrafo que hemos transcrito termina con una frase un tanto contradictoria, en sí misma y con el aserto anterior, al afirmar que se habían empleado «mecanismos ocultos no fácilmente identificables, pero no por ello menos manifiestos». Repárese en la equiparación que aquí se hace de dos términos (*oculto y manifiesto*) que no es que sean diferentes, sino que constituyen auténticos antónimos.

En nuestra opinión, lo que sucede es que la supuesta ocultación aquí tampoco es tal, pues la propia Administración, en vía de comprobación, pudo obtener información directa de las operaciones realizadas que, por tanto, y por burda que pudiera ser la intención que con ellas se tuviera de eludir el impuesto, ponían de relieve la existencia de los negocios celebrados (en este caso, constitución de una sociedad interpuesta para convertir un bien inmueble que formaba parte de las existencias en una participación social integrante del inmovilizado). Es decir, la Administración no tuvo que procurarse pruebas de nada que los sujetos hubiesen mantenido oculto. Otra cosa es que los resultados obtenidos no fueran coherentes con la causa típica del contrato societario, pero esa circunstancia pondría de manifiesto la presencia de una estructura comercial artificiosa, subsumible más bien en el presupuesto del fraude a la ley o del conflicto en la aplicación de la norma.

Advertidos los obstáculos conceptuales, el Tribunal pretende superarlos invocando de modo expreso una modalidad específica de simulación, que no tendría por objeto “elementos objetivables” (la sentencia rechaza que la

simulación se circunscriba en abstracto a dichos elementos), sino la causa misma del negocio (simulación de la causa), poniéndose de este modo de relieve la confusión antes apuntada entre causa del negocio y fines subjetivos de las partes.

### ***C) La prueba de indicios de la conducta simulada y su valoración por la jurisprudencia***

El instrumento probatorio que sustenta por lo general la inferencia de simulación de la causa para la jurisprudencia que comentamos es, como se ha apuntado antes, la prueba de indicios o de presunciones, único medio eficaz ante la dificultad que plantea de ordinario una prueba directa de la falsedad (inherente a la simulación), de los negocios declarados (la prueba de la inexistencia objetiva de tales negocios, en suma). Con tal fin, puede extraerse un amplio muestrario de circunstancias fácticas objetivables, que se utilizan para deducir que los contratos, negocios u operaciones afectados, adolecen de simulación, lo que significa tanto como admitir su inexistencia. Así, la ya citada STS de 22-6-2015 (rec. 2496/2014, V.1.1) consideró simulada la creación de una sociedad porque ello no supuso ningún cambio en la estructura de la actividad que ya se desarrollaba, al tener la nueva entidad el mismo administrador que la que había sido titular del negocio hasta entonces. Y en esa misma línea, la STS de 22-6-2016 (rec. 3176/2014, V.1.2), también citada, concede una relevancia probatoria decisiva, para estimar que la constitución de la sociedad interpuesta era un negocio simulado, a la concurrencia en ambas entidades de medios personales y materiales que habían posibilitado llevarla a cabo:

*«Dicho todo lo anterior es indudable que la operación sólo pudo ser llevada a cabo por la concurrencia de medios personales y materiales que la posibilitaran.*

*En primer lugar, la identificación de los administrados de una y otra entidad. Es verdad que la identidad no es total, pero es claro que las mínimas diferencias personales son irrelevantes tanto en términos cuantitativos como cualitativos a la hora de adoptar decisiones.*

*En segundo lugar, los medios materiales empleados son, básicamente, los de la entidad originaria» (FJ 7º).*

Todo lo cual, y teniendo en cuenta además que la actividad (de promoción inmobiliaria) se había iniciado con carácter previo a la constitución de la sociedad interpuesta, demostraría «que todas las actividades posteriores de las entidades creadas son inexistentes y han servido para propiciar, facilitar y conseguir la transmutación de las “existencias” en “activo fijo” tras un

complejo negocial aparentemente lícito pero que produce un efecto intrínsecamente contrario al admitido ordenamiento jurídico» (*ibídem*, FJ 7º).

En un tono similar, la STS de 3-5-2012 (rec. 73/2008, V.1.4) considera inexistente una aportación no dineraria de acciones de una sociedad a otra, controladas ambas por el mismo sujeto (de manera indirecta la segunda), con carácter previo a la transmisión de los títulos aportados a un tercero, siendo el resultado una menor tributación que si se hubiera llevado a cabo una venta directa de las acciones por quien era su titular originaria. El Tribunal respalda el criterio de la Inspección y de la Sala de instancia, en cuanto habían considerado que la aportación no dineraria constituía un negocio simulado, porque el único propósito real de las partes con su celebración fue hacer que la plusvalía derivada de la transmisión de las acciones obtuviese un tratamiento fiscal favorable. Es decir, una vez más, la celebración probada de una operación (aportación no dineraria), y los efectos tributarios ventajosos pretendidos al llevarla a cabo, actúan como indicios de que la citada operación es simulada o, lo que es igual, inexistente. La STS de 18-3-2013 (rec. 392/2011, V.1.7) proporciona otro ejemplo significativo, al desgranar una serie de supuestos indicios, que no son sino circunstancias concretas que rodean las operaciones llevadas a cabo, y que a nuestro modo de ver lo que suscitan en el observador es el convencimiento de su real existencia, precisamente como forma de perseguir una tributación favorable:

*«La Sala de instancia explica de forma harto expresiva, en el cuarto fundamento jurídico de su sentencia (reproducido en el primer antecedente de esta resolución), que el carácter simulado de la operación quedó acreditado mediante la prueba de presunciones a partir de determinados hechos suficientemente justificados: (i) las características de las sociedades implicadas, (ii) la titularidad de sus participaciones sociales y (iii) las fechas y las condiciones de los tratos, a los que añade (iv) la posición central del Sr. (...) en la operación y (v) y el hecho de pactarse el negocio cuando se conocía el importe del justiprecio. Considera que la operación carecía de causa económica, siendo su razón de ser evitar el gravamen que hubiera recaído sobre los socios personas físicas de (...), como consecuencia de los beneficios extraordinarios obtenidos con la venta expropiatoria» (FJ 1º).*

En otro caso, objeto de la STS de 28-3-2012 (rec. 3797/2008, V.1.8), un sujeto pasivo del IS había constituido una sociedad residente en un paraíso fiscal, con el propósito de cederle algunas marcas de las que era titular, obteniendo luego de la nueva sociedad (a través de varias operaciones entre entidades participadas por el mismo sujeto pasivo, residentes en distintas jurisdicciones) la licencia de explotación de aquéllas mediante el pago de un canon, que pretendía deducir como gasto en su base imponible. Al respecto, el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse como sigue:



*«Como todas las entidades son participadas, directa o indirectamente por (...) S.A, en un porcentaje del 100% o próximo a él, es evidente que siguió manteniendo la titularidad material de la licencia por la que, sin embargo, paga un canon, cuyo importe pretende deducir como gasto en el Impuesto sobre Sociedades.*

*De esta forma se crea una apariencia de titularidad en una entidad independiente, que no tiene tal carácter, en la medida que ésta última aparece controlada por la recurrente, de modo que el desapoderamiento de aquella titularidad es meramente formal, y como la deducibilidad del canon satisfecho por la utilización de una licencia tiene como presupuesto necesario que la titularidad de ésta pertenezca a un tercero, es claro la improcedencia de la misma en el presente caso, en el que la recurrente sigue manteniendo el control material sobre las marcas» (FJ 5º).*

Es decir, el mantenimiento por el sujeto pasivo del control material sobre los derechos de las marcas, después de sucesivas transmisiones, al intervenir siempre entidades en las que aquél poseía una participación significativa, constituye el indicio para deducir que tales transmisiones no existieron o, lo que es lo mismo, fueron simuladas. Se trata otra vez de elevar a indicios de la simulación lo que, bajo nuestro punto de vista, son elementos indicativos más bien de que los negocios se llevaron realmente a término, como se desprende de la más que probable finalidad elusiva perseguida con su celebración.

Para cerrar esta amplia muestra, conviene hacer mención de la STS de 24-2-2016 (rec. 4044/2014, V.1.10), que junto a un número importante de sentencias de la misma fecha, todas en el mismo sentido (con los matices requeridos en función de las características de los socios implicados en cada caso), aborda el tratamiento aplicable a una compleja operativa destinada a obtener importantes reducciones fiscales<sup>54</sup>. El antecedente primero de la citada sentencia expone someramente los aspectos básicos del conjunto de negocios, con una claridad que nos exime de mayores explicaciones:

*«Los socios de una entidad operativa A constituyen una segunda sociedad B con un capital mínimo. En esta sociedad B, el capital social se distribuye en idéntica proporción a la que los socios mantienen en la sociedad A. Una vez constituida la sociedad B adquiere a los socios sus participaciones en la sociedad A. Tras la operación no se produce cambio alguno en el control del grupo. Los socios han logrado una importante rentabilidad en la transmisión de las participaciones, aunque siguen manteniendo un similar porcentaje de control sobre el grupo de empresas. La operación se financia en su totalidad con un préstamo realizado por un grupo de entidades bancarias. Este crédito se destina íntegramente a abonar a los socios el importe de las participaciones. La nueva sociedad B asume la deuda y los gastos financieros que la misma genera» (Antecedente 1º).*

---

(54) Así, al menos, las SSTs de 24-2-2016 (rec. 3819/2013, FJ 12º, rec. 3908/2013, FJ 5º, rec. 349/2014, FFJJ 7º al 10º, rec. 948/2014, FJ 7º.2, rec. 3976/2014, FJ 3º, rec. 4134/2014, FJ 7º.2.C).



Conviene añadir que el esquema descrito se reproduce posteriormente mediante la creación de nuevas sociedades, que vuelven a actuar como compradoras de las participaciones de la sociedad titular de la actividad económica. Con este entramado, según apreció inicialmente la Inspección tributaria, los socios obtienen en realidad una retribución de los fondos propios (no otra cosa sería el precio percibido por la venta de las participaciones), a la par que se generan cuantiosos gastos financieros para la sociedad adquirente, derivados de los préstamos obtenidos para financiar la compra de las participaciones, con la finalidad de su deducción en el IS. Ante estas evidencias, la Administración declaró la existencia de simulación, calificando las cantidades percibidas por los socios como rentas derivadas de la participación en los fondos de la entidad (tal sería, a juicio de la Inspección, el hecho imponible efectivamente realizado, de acuerdo con el art. 16 LGT), y denegando además la deducibilidad de los gastos financieros por la entidad adquirente, al considerar que ni eran necesarios ni tenían correlación alguna con sus ingresos. El Tribunal Supremo, por su parte, corrobora el criterio administrativo y reitera de esa manera el modo de razonar observado en otras sentencias anteriores, respaldando a la postre, como prueba de indicios de la simulación de los negocios, el hecho de que con su celebración se hubieran producido resultados impropios de su causa típica (es decir, asumiendo de nuevo como precedente lógico la realidad de tales negocios y de los resultados jurídicos derivados de los mismos):

*«La simulación no se aprecia sobre la base de la consideración aislada del precio de una compraventa de participaciones sociales, ni tampoco porque no se acredite una específica motivación económica en la compraventa. La calificación que hace la sentencia es en contemplación del conjunto de negocios, de compraventa, financiación y fusiones, cuyos resultados, en apreciación del Tribunal "a quo", no se corresponden con la causa de auténticas enajenaciones de participaciones sociales a las que se pueda anudar, a efectos fiscales, un incremento patrimonial» (FJ 2º, motivo 9º).*

Se da la circunstancia, no obstante, de que el mejor exponente de las objeciones que suscita esta doctrina está en la propia sentencia que reseñamos. Nos referimos al contenido del voto particular que formula el magistrado don Emilio Frías Ponce, en el que se pone de relieve la improcedencia de apreciar la simulación donde no existe ocultación alguna de los hechos, pues la totalidad de las actuaciones declaradas por las partes habían tenido lugar en la realidad. Manifestando un criterio que compartimos plenamente, el voto aprecia que los indicios aportados aquí como prueba de la simulación más bien remiten «a la figura del fraude de ley» o, lo que es igual, al carácter artificioso de los negocios celebrados:

*«[N]o cabe olvidar que se articularon motivos suficientes que permitían adentrarse en el conjunto de la operación realizada, con solicitud de integración de hechos que debidamente considerados impedirían apreciar la existencia de simulación, al no existir la ocultación fáctica propia de esta figura, pues el negocio de compraventa de las participaciones sociales se realizó, habiendo utilizado las partes formas jurídicas habituales en el sector de capital riesgo (...).*

*En esta situación, no puedo compartir la calificación dada a la operación, máxime cuando los indicios de los que partió la Inspección eran manifiestamente insuficientes para poder deducir que se creó la apariencia de un negocio de compraventa para encubrir una retribución derivada de la condición de socio. Por el contrario parecen más propios para llevarnos, en su caso, a la figura de fraude de ley (...).*

*Por tanto, a lo sumo, por los indicios apreciados por la Inspección, sólo podía realizarse, a través de un expediente de conflicto en la aplicación de la norma, art. 15 de la Ley General Tributaria, una recalificación de la operación, si se consideraba que la finalidad última de la operación fue aprovecharse del tratamiento fiscal que la ley prevé para las ganancias de capital o la obtención de beneficios fiscales para la sociedad adquirente por la deducción de gastos financieros derivados del préstamo concertado».*

Distintos son los motivos de discrepancia que se expresan en un segundo voto particular, formulado en este caso por el magistrado don Joaquín Huelin Fernández de Velasco (remitiéndose al contenido de su voto en otra STS de la misma fecha, rec. 948/2014). En este caso, no se critica en abstracto la doctrina general sobre simulación de la causa, pero se pone de manifiesto, como inconveniente para apreciar simulación en esta circunstancia concreta, el hecho de que los socios beneficiarios de la ventaja fiscal derivada de la operativa comercial carecían por sí mismos de capacidad objetiva de decisión para haber forzado a las demás partes intervinientes a actuar como lo hicieron. En cualquier caso, para concluir que así había sucedido, hubiera sido necesaria, a juicio del magistrado, una actividad probatoria de tal extremo, que la Administración no había practicado.

#### ***D) El riesgo cierto de confusión entre simulación y conflicto en la aplicación de la norma***

Como se viene advirtiendo, la forma en que el Tribunal construye su doctrina sobre simulación de la causa, y el consiguiente manejo de la prueba de indicios a tal efecto, introduce un elemento evidente de incertidumbre acerca del tratamiento de las conductas en cuestión (circunstancia que se pone de relieve, por ejemplo, en los votos particulares a la última de las sentencias reseñadas). Sin embargo, la confusión a que esta situación da lugar entre simulación y artificio comercial socava de manera importante la seguridad jurídica, habida cuenta de las graves consecuencias prácticas que se derivan de apreciar una u otra. La reacción ante una conducta artificiosa,

en ausencia de ocultación fáctica, parece venir predeterminada por lo dispuesto en el art. 15 LGT (conflicto en la aplicación de la norma): emisión preceptiva de informe favorable a su existencia por la Comisión consultiva específica regulada en el art. 159 LGT, y limitaciones a la imposición de sanciones (exclusión de las mismas hasta la Ley 34/2015 y posibilidad de imponerlas sólo bajo las condiciones del nuevo art. 206 bis LGT, desde su entrada en vigor). Frente a estas limitaciones, sin embargo, para declarar la simulación basta como es sabido que la misma sea apreciada en el acto de liquidación, sin ningún trámite adicional, y sin restricciones específicas para sancionar. Por las razones apuntadas, resulta por tanto más que justificada la preocupación ante la falta de claridad de la jurisprudencia en la delimitación de los distintos modelos de actuación.

La falta de un criterio nítido de distinción entre ambas categorías se pone de manifiesto, en particular, cuando pese a declararse la existencia de simulación, se sitúa explícitamente como elemento clave a tal efecto el carácter artificioso de la conducta. Así, por ejemplo, la STS 22-6-2015 (rec. 2496/2014, V.1.1), antes referida, equipara ambos conceptos, pues para declarar el carácter simulado de la actuación se basa en la concurrencia de un artificio negocial, consistente en la creación de una sociedad interpuesta con objeto de colocar en ella, con el ropaje de una reinversión, el producto de una venta previa de participaciones:

*«[E]n el caso analizado el **artificio** no ha consistido en ocultar un negocio tras otro aparente con la finalidad de exteriorizar un hecho imponible distinto y fiscalmente más benigno, sino con la de obtener indebidamente un beneficio fiscal» (FJ 4º) [la negrita es nuestra].*

Añadiendo más adelante:

*«[L]a creación de una sociedad con el único fin de canalizar esa operación financiera **no es más que un artificio** con la finalidad de alcanzar un beneficio del que de otra manera no hubiera disfrutando» (FJ 5º). (la negrita es nuestra).*

En ocasiones, incluso, aflora en los pronunciamientos del Tribunal cierta tendencia a identificar de modo más o menos explícito la existencia de simulación con la ausencia de motivo económico válido<sup>55</sup>. Así, por ejemplo, como hemos visto ya, la STS de 18-3-2013 (rec. 392/2011, V.1.7) revalida de manera expresa el criterio de la Sala de instancia, que había resumido sus conclusiones afirmando que «la operación carecía de causa económica», al responder a motivos exclusivamente fiscales (FJ 1º). Por su parte, la STS de 28-

---

(55) Circunstancia que hace notar RAMÍREZ GÓMEZ, S. (*ob. cit.*, pág. 8).

3-2012 (rec. 3797/2008, V.1.8), también citada antes, rechazó que la conducta de las partes constituyese el ejercicio de una «economía de opción», debido que «la recurrente no supera el “test” que supone la necesidad de motivo económico válido». En un sentido similar, la STS de 4-11-2015 (rec. 100/2014), para apreciar el carácter simulado de una operación, razona: «se comprenderá que haya de acogerse el argumento de la Inspección cuando afirmaba la carencia de toda lógica económica en la operación realizada, sin que la hoy recurrente haya ofrecido una explicación coherente a tal imputación» (FJ 6º). Esta equiparación entre simulación y ausencia de motivación económica resulta especialmente inquietante, dado que, como más atrás se dijo, consideramos plenamente legítima la celebración de operaciones con el propósito primordial de lograr un ahorro tributario, siempre que los efectos jurídico-materiales derivados de las mismas se adecuen a la función propia (a la causa jurídica) de los tipos negociales empleados, sin que sea posible exigir la presencia de una motivación avalada por la lógica económica de la operación (salvo en los casos, claro está, en que la propia normativa, al establecer una ventaja fiscal, exige un motivo económico válido como presupuesto para su concesión, como sería el caso del régimen de las reestructuraciones societarias, según se verá más adelante).

Así las cosas, no puede extrañar que la situación desemboque en la admisión explícita por el propio Tribunal Supremo de la confusión reinante. En este sentido, la STS de 14-2-2013 (rec. 1543/2012, IV.3.1) ya reconocía que, «[e]n la práctica, la línea fronteriza entre los distintos negocios jurídicos anómalos es en gran parte de las ocasiones muy tenue» (FJ 3º). Además, como vimos en un epígrafe anterior (véase epígrafe 2.3.3), la STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012) admite que en los negocios simulados puedan concurrir las características propias del conflicto en la aplicación de la norma tributaria (FJ 6º), y dos SSTS de 18-2-2015 (rec. 196/2013 y 1203/2013) abundan en esta posibilidad, señalando que, pese a que la Administración no había declarado la simulación, «si las formas artificiosas empleadas son meramente formales, es decir, carecen de causa, estamos en presencia de negocios inexistentes cuyo desconocimiento no exige acudir al procedimiento de fraude de ley» (FJ 6º)<sup>56</sup>. Por su parte, la STS de 27-11-2015 (rec.

---

(56) Además, como ya se indicó en un apartado anterior, el ATS de 5-7-2017 (rec. 1380/2017) declaró inadmisibile el recurso planteado contra la SAN de 20-1-2017 (rec. 263/2015), que resolvía en sentido idéntico a la STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012) aludida en el texto.

3346/2014, V.1.9) apunta asimismo que «si bien en el plano teórico existe una delimitación entre la figura de la simulación y el fraude de ley (ahora denominado conflicto en la aplicación de la norma) lo cierto es que en la práctica existen supuestos que es compleja su calificación y el propio Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de simulación aun cuando se hayan considerado los contratos válidos, lícitos y reales» (FJ 6º). Esta misma sentencia cita un pasaje de la STS de 4-3-2015 (rec. 4061/2012), que resulta muy revelador de esta confusión y de su asunción explícita por el Tribunal:

*«Sin cuestionar lo dificultoso que es delimitar los conceptos de simulación y fraude de ley, mucho más cuando entendemos que no tienen perfiles definidos sino que se interconectan -gráficamente hemos dicho que no son figuras tangentes sino secantes- también hemos proclamado, ya en diversas sentencias, que la mera existencia de negocios artificiosos no excluye la simulación. Contrariamente, la artificiosidad negocial puede ser una demostración de la inexistencia del negocio» (FJ 6º).*

Una vez reconocida abiertamente la posibilidad de que en un negocio concurra la doble condición de artificioso y simulado, la sentencia en cuestión señala que, «la primera de las cuestiones a resolver, incluso en los casos de negocios artificiosos, es la de si el negocio(s) jurídico examinado es o no un negocio existente», es decir, «la de si existe o no simulación». Sólo una vez excluida la simulación, procede examinar si la actuación de las partes se ha producido o no en fraude de ley. Así lo reitera la STS de 22-6-2016 (rec. 3176/2014, V.1.2) más arriba citada, al afirmar que, «en este tipo de operaciones, la simulación ha de ser descartada, con carácter previo, a la consideración del fraude de ley, y no al revés, como a veces se preconiza» (FJ7º). Compartimos desde luego este planteamiento metodológico del proceso de interpretación-calificación, ya que no es posible calificar un negocio sin haber constatado antes su realidad, y eso implica descartar que se trate de un negocio simulado<sup>57</sup>. El problema está en el concepto de simulación de la causa patrocinado por estas sentencias, ya que en él parece ago-

---

(57) Permítasenos en este punto reproducir una cita extensa de la reflexión que, a propósito de este asunto, hacíamos en un trabajo anterior: «no es posible enjuiciar si los efectos producidos son coherentes con el molde negocial que se ha empleado, sin antes concluir que el negocio declarado por las partes responde a la realidad. Y ello implica haber descartado con anterioridad la existencia de simulación. Ambos juicios, el que tiene por objeto fijar el auténtico negocio existente, y el orientado a determinar si sus resultados se corresponden con los que el ordenamiento naturalmente le asocia, no pueden confundirse, ni su orden admite ser alterado. De lo contrario se incurre en un contrasentido lógico. Es lo que sucede al Tribunal Supremo cuando apela a la verdadera intención de las partes, deducida del resultado conjunto de los negocios celebrados, precisamente como forma

tarse todo el espacio de las conductas artificiosas, que serían todas ellas de ese modo conductas simuladas. Y con ello se vaciaría de contenido el art. 15 LGT, haciendo imposible la identificación de supuestos de conflicto en la aplicación de la norma, debido a la preeminencia que las sentencias citadas atribuyen también, no ya al concepto (como metodológicamente hemos dicho que es correcto), sino al procedimiento más laxo (más bien, a la falta de procedimiento y de limitaciones específicas) requerido para declarar la simulación<sup>58</sup>. Ante esta objeción, estamos seguros de que el Tribunal tiene alguna respuesta para defender su concepción y aclarar qué conductas, siendo artificiosas, no incurren de un modo u otro en una ocultación de la verdadera finalidad perseguida por las partes (es decir, no son simuladas, de acuerdo con la doctrina sobre simulación de la causa). Pero no nos consta que esa respuesta haya sido ofrecida por el momento<sup>59</sup>. Se encuentra pendiente una magnífica oportunidad que debería aprovecharse para ello, a raíz de la admisión de un recurso de casación que tiene por objeto aclarar ciertas cuestiones estrechamente relacionadas con la que aquí se controvierte [ATS de 20-11-2017 (rec. 3130/2017)].

Entretanto, en la situación presente, las exigencias del principio de seguridad jurídica (en particular, la necesidad de que el ciudadano sepa «a qué atenerse») quedan un tanto desairadas. En efecto, siguiendo siempre la jurisprudencia de la Sala 3ª, «la simulación es un hecho cuya prueba corresponde a la parte que la afirma y en cuanto hecho pertenece al ámbito de la exclusiva potestad de los jueces de la instancia para decantar la realidad que se encuentra en la base del litigio» (STS de 24-10-2013 [rec. 1650/2011, IV.2.1], FJ 4º). A ello debe añadirse que, cuando en un mismo

---

de probar que una parte de éstos constituye mera apariencia simulada. La cuestión, como puede suponerse, no es intrascendente, pues el reconocimiento de la simulación lleva implícita la conclusión de que los interesados han ocultado a la Hacienda Pública la auténtica realidad de los negocios celebrados». Cfr. GARCÍA BERRO, F.: ob. cit., pág. 82.

(58) Realidad sobre la que advierte SOLER ROCH, M.T.: «Las normas antiabuso generales y especiales», en AA.VV., *VII Jornada metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros*, obra colectiva, Instituto de Estudios Fiscales (2011), pág. 179.

(59) RAMÍREZ GÓMEZ, S. (ob. cit., pág. 13), reprocha esta indefinición jurisprudencial sobre el significado de la simulación, observando que «[r]esulta sorprendente que, tras más de 20 años de existencia en nuestra Ley General Tributaria, todavía no se haya conseguido delimitar con claridad los perfiles de esta figura, que ahora aparecen más difusos que nunca, lo que, inevitablemente, afecta gravemente a los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley».



negocio o conjunto de negocios, concurren simulación y carácter artificioso, no es razonable «exigir a la Administración la utilización simultánea de la vía establecida en el art. 15 LGT -conflicto en la aplicación de la norma tributaria- para que pueda razonar, apreciando el conjunto de la operación, que, realmente, tras determinadas entidades se encuentran los mismos socios, es decir, que la constitución de tales entidades fueron operaciones simuladas» (STS de 24-2-2016, [rec. 349/2014], FJ 10º). Dicho de otro modo, en caso de negocios artificiosos o impropios que no produzcan ningún efecto distinto de los correspondientes a los negocios normales o propios (aparte de una ventaja fiscal), el uso de la fórmula más garantista del art. 15 LGT para su reconducción al gravamen pertinente parece fiarse a la discrecionalidad del órgano administrativo que, en su apreciación de las pruebas, tomará la decisión que estime más apropiada al respecto<sup>60</sup>.

***E) Nuestra propuesta interpretativa, ante la consolidación de la doctrina sobre simulación de la causa: aplicación compatible de los arts. 15 y 16 LGT***

A nuestro modo de ver, sin embargo, la solución pertinente de acuerdo con las normas sería justamente la contraria de la que suele abonar la práctica administrativa y respaldar la jurisprudencia ante este tipo de situaciones. Si se acepta que una conducta artificiosa, pese a la ausencia de ocultación fáctica (es decir, donde concorra una mera ocultación por las partes de sus intenciones reales), es constitutiva al mismo tiempo de simulación, habrá de convenirse finalmente en que, como ha reconocido en ocasiones el Tribunal, nos hallaríamos ante un supuesto subsumible en el ámbito de aplicación de los dos preceptos implicados: el art. 15 y el art. 16 LGT. Siendo así, no será necesario, ni sería por tanto correcto, conceder primacía a ninguno de ambos, como vemos que hace alguna jurisprudencia, al declarar

---

(60) Compartimos en este punto la crítica concluyente de FALCÓN Y TELLA, R. («Reducción de capital con devolución de aportaciones y ampliación con cargo a reservas (STS 30 mayo 2011): ¿dividendos?», *Quincena Fiscal*, núm. 19 (2011), BIB 2011\1632, pág. 2 del documento digital), quien, haciéndose eco de la situación expuesta, razona: «La confusión que introduce el Tribunal Supremo, en cuanto que parece renunciar a la distinción -es "casi innecesario" subsumir las operaciones realizadas en una u otra categoría- supone pura y simplemente una renuncia a decidir en Derecho, es decir motivadamente, sustituyendo la norma como elemento de decisión por las particulares convicciones de justicia tributaria del órgano administrativo o judicial encargado de resolver en cada caso, lo que resulta de extrema gravedad».



aplicable en exclusiva el art. 16. Lo que habrá de seguirse, ante una situación como ésta, son las consecuencias previstas en ambas normas. Bajo un patrón de lógica jurídica, nada lo impide, ya que los efectos de una y otra no son en absoluto incompatibles. El art. 16 dispone que se aplique el gravamen correspondiente al hecho imponible efectivamente realizado. El art. 15, por su parte, establece la necesidad de que, a tal efecto, se siga un trámite específico (informe favorable de la Comisión consultiva), limitando además la posibilidad de aplicar sanciones (ahora bajo las condiciones del art. 206 bis LGT). El art. 16.3 LGT ordena que a la conducta simulada se aplique, en su caso, la sanción pertinente; pero ello no significa que se deba sancionar siempre. En concreto, si nos hallamos en esta zona *secante* entre la simulación y el conflicto, la sanción pertinente será la que, *en su caso*, proceda conforme al art. 206 bis (y hasta la Ley 34/2015, ninguna).

Cuando, por el contrario, la actuación de las partes constituya un clásico supuesto de simulación, con probada ocultación fáctica, la declaración de esta circunstancia no quedará sometida a ningún trámite específico y la sanción pertinente será la que corresponda, sin que sean aplicables limitaciones añadidas a las que condicionan con carácter general el ejercicio de la potestad sancionadora, atendida en particular la culpabilidad del sujeto.

La única objeción que se nos ocurre ante esta propuesta es que la corriente jurisprudencial que venimos criticando suele aludir (bien que con cierta vaguedad), a una diferencia conceptual entre las figuras del conflicto y la simulación, afirmando que en la primera de ellas los negocios celebrados serían *existentes*. De manera que, supuestamente, el ámbito del art. 15 LGT se circunscribiría a negocios realmente celebrados, quedando fuera de él los negocios artificiosos *inexistentes o simulados*. Pero, aparte de que, como hemos tratado de evidenciar, la misma jurisprudencia que alude a ese rasgo diferenciador asume siempre también de modo implícito la existencia real de los negocios celebrados en todos los supuestos de simulación de la causa (pues lo que simularían las partes serían sus intenciones y no el negocio en sí), tampoco alcanzamos a concebir, ni el Tribunal lo ha explicado que sepamos, cómo podría existir realmente un negocio artificioso si precisamente su carácter de tal es lo que lo convierte en simulado de acuerdo con esta doctrina. En cualquier caso, el propio Tribunal es quien declara y asume una zona de coincidencia entre ambos conceptos, que denomina también como hemos visto *zona secante*, por lo que nuestra propuesta siempre serviría, al menos, para abordar el tratamiento de esos casos.

### V.3. EL SUPUESTO CARÁCTER AUTOMÁTICO DE LAS SANCIONES EN CASO DE SIMULACIÓN

#### *A) El estado de la cuestión en la jurisprudencia*

Una cuestión de la mayor trascendencia, en relación con el tratamiento de la simulación en materia tributaria, es la relativa al reproche punitivo de la conducta. Como se sabe, el art. 16.3 LGT dispone que, declarada la simulación, se exija, en su caso, la sanción pertinente. Al respecto, resulta especialmente controvertida la posibilidad de predicar el carácter automático de la sanción en estos casos, habida cuenta de que el concepto de simulación remite como vimos, de acuerdo con su formulación clásica en el derecho civil, a una ocultación maliciosa de la auténtica realidad negocial, constituida en este caso por los hechos relevantes para la aplicación del tributo. Esta idea ha calado desde luego en alguna jurisprudencia,<sup>61</sup> por lo que no faltan pronunciamientos donde parece reflejarse la inexorable asociación entre conducta simulada y sanciones. La STS de 22-6-2016 (rec. 3176/2014, V.1.2), por ejemplo, encuentra que «es manifiesto, y estimada la simulación, que estamos en presencia de una conducta merecedora de la sanción impuesta y que mediante un entramado negocial que el Derecho no permite ha pretendido un efecto jurídico que no habría tenido lugar sin ese entramado» (FJ 8º). Con este planteamiento parecen alineadas también, entre otras, las SSTs de 3-5-2012 (rec. 73/2008, V.1.4, FJ 3º) y de 22-6-2015 (rec. 2496/2014, V.1.1, FJ 5º).

Por su parte, la STS de 24-2-2016 (rec. 4044/2014, V.2.1, FJ 6º), si bien rechaza como circunstancia agravante en el caso la utilización de medios fraudulentos, sí considera que la sola concurrencia de simulación en la causa de los negocios «supone la existencia de ocultación, pues la misma permitió esconder bajo la pantalla del realmente celebrado el verdaderamente querido» (en sentido contrario, el voto particular que formula el magistrado don Rafael Fernández Montalvo, con adhesión de don Joaquín Huelin Martínez de Velasco, donde se rechaza esta equiparación implícita entre simulación y ocultación).

Por último, como ya tuvimos ocasión de ver en un apartado anterior (véase epígrafe II.3 de la Segunda Parte) la STS de 12-11-2014 respalda las sanciones impuestas, tras apreciarse la simulación, y rechaza el argumento de la recurrente, según la cual no existía en el caso una base suficiente para sancionar, tal como exige la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>61</sup>, ob-

---

(61) STJUE de 21-2-2006, C-255/02, asunto *Halifax*, apartado 93.

jetando que «[s]i la actividad desplegada ha de calificarse como constitutiva de simulación es evidente que nuestro derecho anuda en el artículo 16 de la LGT a su comisión la imposición de la sanción, que es el requisito exigido por el TJUE» (FJ 6º).

Ahora bien, siendo como vemos numerosos los pronunciamientos donde se contiene una asociación implícita de las sanciones a la declaración de simulación, no faltan manifestaciones en la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo que apuntarían en un sentido distinto, sobre todo en relación con los supuestos reiteradamente aludidos en los que la simulación no implica una ocultación fáctica de la actuación de las partes. Ya en su momento (epígrafe II.3), hemos hecho referencia al voto particular de dos magistrados a la STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012), haciéndose eco de la confusión que se desprende de la propia jurisprudencia en la delimitación de las categorías elusivas reguladas en la LGT. Por este motivo, habida cuenta de que la apreciación de simulación, en lugar de conflicto en la aplicación de la norma, no parecía ser inequívoca a juicio de los magistrados disidentes, y comoquiera que para esta segunda categoría elusiva la LGT excluía las sanciones, consideraron, al contrario que la sentencia, que no existía una base legal suficiente para sancionar, invocando la doctrina sobre abuso del derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto *Halifax*)<sup>62</sup>. La misma orientación de este voto manifiesta la STS de 16-12-2014 (rec. 3611/2013), que recibe de la STS de 4-11-2015 (rec. 100/2014) la adhesión expresa a su doctrina sobre este concreto aspecto. Como vimos en su momento, en ella el Tribunal pone en evidencia la falta de rigor que suponía reconducir el supuesto al art. 16 LGT (simulación), teniendo en cuenta que los perfiles de la conducta, según la propia descripción del órgano inspector, se ajustaban más bien al conflicto en la aplicación de la norma definido en el art. 15 LGT. En todo caso, la sentencia achaca al precepto material aplicable una complejidad y falta de claridad suficientes para justificar la discrepancia interpretativa del obligado tributario, por lo que anula la sanción impuesta<sup>63</sup>.

La exposición del panorama jurisprudencial en este punto no puede cerrarse sin mencionar el ATS de 20-11-2017 (rec. 3130/2017), aunque sea de manera testimonial aquí a fin de evitar una reiteración inútil (véase la refe-

---

(62) Puede verse la transcripción de un significativo pasaje del voto en el precedente epígrafe II.3, cuya reproducción en este punto sería impertinente por repetitiva.

(63) Véase más atrás (epígrafe II.3) el pasaje transcrito del FJ 9º.

rencia a este auto en el repetidamente citado epígrafe II.3). Su objeto es la SAN de 15-3-2017 (rec. 478/2015), que anuló las sanciones aplicables en un caso de interposición de sociedad para la prestación de servicios profesionales, cuya liquidación se había basado en el carácter simulado de la conducta<sup>64</sup>. Mediante el auto se admite a trámite el recurso de casación que, como se vio en su momento, tiene por objeto excitar del Tribunal un criterio uniforme sobre si es posible que, declarada la simulación, se aprecien circunstancias excluyentes de la culpabilidad y, por ende, de las sanciones:

*«En definitiva, la cuestión nuclear que suscita este recurso de casación consiste en aclarar y matizar la doctrina jurisprudencial existente sobre imposición o no de sanciones en caso de simulación a fin de determinar si, estimada la existencia de un acto o negocio simulado, a la vista de lo dispuesto en el artículo 16.3 LGT es procedente, en todo caso, aplicar la sanción o, por el contrario, es invocable la excepción del artículo 179 LGT que excluye la responsabilidad por infracción tributaria en aquellos casos en los que el obligado tributario aduce una interpretación razonable de la norma, ante la existencia de calificaciones jurídicas divergentes en relación con operaciones similares» (FJ 3º.1).*

Aunque en él no se anuncia, en cambio, un pronunciamiento sobre la posibilidad de que concurran en una misma conducta los presupuestos de la simulación y del conflicto, y sobre las consecuencias de esta eventualidad, habrá que permanecer expectantes, porque la evidente conexión del asunto con el objeto de la decisión que se ha de adoptar quizá pueda dar lugar a la formulación de alguna pista al respecto. El propio texto del auto alude, para justificar la admisión a trámite del recurso, a «la falta de una delimitación clara y precisa en sede jurisprudencial entre el conflicto de aplicación de la norma y la simulación» (FJ 2º.5).

### **B) Valoración crítica**

Parece obvio que la controversia en cuestión, esto es, la conexión inexorable entre la existencia de simulación y la imposición de una sanción tributaria al agente de la conducta, cobra sentido de manera fundamental cuando la actuación de las partes no implica una ocultación fáctica. Por tanto, si la Administración y los Tribunales mantuviesen una concepción más restringida de la simulación, apegada a los límites estrictos de la categoría forjada en el seno del derecho privado, las dudas se disiparían, dado

---

(64) El ATS de 5-7-2017 (rec. 1380/2017) no apreció sin embargo interés casacional, frente a una cuestión similar, aunque planteada en aquel caso desde la perspectiva del obligado tributario, que pretendía la anulación de las sanciones impuestas por una conducta donde la Administración había apreciado simulación.

que la simulación llevaría aparejada siempre una deliberada ocultación del acto o negocio celebrado, cuyas convenciones quedarían así fuera de la vista de terceros ajenos al acuerdo simulatorio. Bajo tales circunstancias, no plantearía reparos la asociación más o menos automática de un reproche punitivo a la conducta, sin perjuicio de que la apreciación de la culpabilidad deba presuponer siempre un juicio suficientemente motivado del caso individualizado y libre de apriorismos.

Sin embargo, la extensión jurisprudencial del concepto en el ámbito tributario a actuaciones que, con ser artificiosas, resultan visibles para el órgano administrativo a partir de un examen diligente de los hechos en vía de comprobación (es decir, sin necesidad de adicionales pesquisas probatorias, ajenas al contenido de los propios actos o negocios declarados), obliga a plantear si en tales casos resulta admisible aquel automatismo punitivo. La respuesta, en nuestra opinión, ha de ser claramente negativa. Primero porque, como ya hemos dicho, nos encontraríamos entonces bajo el supuesto del conflicto en la aplicación de la norma tributaria y, conforme a la actual regulación, la imposición de sanciones por tales conductas se encuentra limitada a los casos previstos en el art. 206 bis LGT (como venimos repitiendo, y es sabido, hasta la entrada en vigor de la Ley 34/2015, sencillamente debía considerarse vedada la posibilidad de sancionar en estos casos). Pero es que, al margen de esta consideración, el carácter público y manifiesto de los actos o negocios celebrados haría en todo caso necesario un juicio de culpabilidad especialmente elaborado, al faltar el sustento que para la adopción cuasi-automática de una solución punitiva pudiera representar la constatación de que el obligado tributario ha ocultado los hechos relevantes para la liquidación del tributo<sup>65</sup>.

Sea como sea, la adopción de medidas punitivas en los casos de elusión tributaria debería descansar siempre en una base legal sólida, tal como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la imposición de sanciones por prácticas abusivas. A tal efecto, en nuestro ordenamiento interno existe una norma que condiciona estrictamente la posibilidad de san-

---

(65) En otro lugar hemos opinado que no existe un obstáculo de rango constitucional para la imposición de sanciones a las conductas artificiosas. Por eso, de no existir las limitaciones previstas en el art. 15 LGT, no hallamos inconveniente para sancionar este tipo de conductas. Ahora bien, «[l]a concurrencia de culpa en tales situaciones será una cuestión que haya de valorarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto». Vid. GARCÍA BERRO, F.: *ob. cit.*, págs. 93-94.

cionar cuando la conducta artificiosa no implica ocultación de la realidad. Ciertamente consideramos que, bajo las condiciones contempladas en la norma (art. 206 bis LGT), la posibilidad de sancionar es constitucionalmente discutible, pues lo dispuesto en ella equivale a remitir la fijación de los tipos infractores a la resolución de un órgano administrativo, si bien esta cuestión excede el propósito del presente estudio<sup>66</sup>. Lo cierto es que, a la vista de la duplicidad de regímenes y de la ausencia de un criterio jurisprudencial claro y fiable para la delimitación de las conductas que deben sujetarse a cada uno de ellos (aunque a nuestro juicio ambos no sean incompatibles, como ya hemos afirmado), la sanción de actuaciones artificiosas que no impliquen una ocultación fáctica, carece de una base sólida en nuestro derecho, salvo la que pudiera proporcionar el art. 206 bis LGT desde su entrada en vigor. No debería aceptarse, pues, la imposición de sanciones por tales conductas, salvo en las condiciones del citado precepto y con las reservas que, aun en tal caso, hemos manifestado. Consideramos por tanto acertada la corriente de nuestra jurisprudencia que cuestiona dicha posibilidad, representada por las SSTs de 16-12-2014 (rec. 3611/2013) y de 4-11-2015 (rec. 100/2014), así como por el voto particular a la STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012).

Especial preocupación produce la normalización jurisprudencial del concepto de simulación de la causa, si se valoran las consecuencias que puede desplegar en el ámbito penal. La existencia de ocultación, inherente por definición a toda simulación, no sólo propicia una inercia en la imposición de sanciones ante conductas simuladas, sino que puede derivar también en la apreciación más o menos automática del componente subjetivo de ocultación maliciosa de los hechos integrante del delito de defraudación fiscal<sup>67</sup>. Como es sabido, la STC 120/2005, de 10-5-2005, rechazó la posibilidad de

---

(66) En un trabajo anterior hemos criticado la norma en cuestión, cuando se encontraba en fase de anteproyecto legal, considerando que en ella se atribuye la facultad de prefigurar, que es tanto como decir tipificar, la conducta punible a las resoluciones de la Administración tributaria, lo que choca frontalmente con el principio de legalidad de las infracciones. Vid. GARCÍA BERRO, F.: «Los anteproyectos para la reforma tributaria. Más sombras que luces», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 163 (2014), BIB 2014\2915, págs. 17-18.

(67) Para PÉREZ ROYO, F. [«La doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)», *Quincena Fiscal*, núm. 10 (2005), BIB 2005/1119, pág. 3], esta concepción de la simulación «plantea peligros aún más graves que la del recurso a la vía del negocio indirecto. Pues desde que empezó esta moda de calificar las maniobras de elusión fiscal con el epíteto de simulación estuvo planeando el riesgo de que, en los casos en que la cuantía de la deuda eludida superara el límite del delito de defraudación tributaria (...), a alguien se le ocurriría la idea de someter los hechos a la jurisdicción penal. Y así acabó sucediendo».



condenar por delito fiscal ante una actuación del sujeto que se había calificado por la Administración, y en la instancia penal, como fraude a la ley tributaria. La razón de decidir entonces fue que el fraude de ley, por naturaleza, excluye la ocultación y, por ende, el componente subjetivo de defraudación implícito en el tipo penal. Ello no obstante, en sentencias posteriores, el Tribunal no quiso profundizar en las consecuencias de su doctrina, pues vino a considerar suficiente que la condena penal se basase formalmente en la apreciación de una conducta simulada, sin entrar a valorar si la naturaleza material de la actuación se ajustaba a dicho concepto (SSTC 48/2006, de 13-2-2006, 129/2008, de 27-10-2008, y 145/2008, de 10-11-2008).

De este modo, si la lógica formalista que abona el Tribunal Constitucional llegara a imponerse con todas sus consecuencias, ello podría derivar en la apreciación del componente subjetivo del delito en todos los supuestos de simulación de la causa, pese a que en ellos materialmente no se da una auténtica ocultación fáctica. Por eso, de algún modo, cabe recibir incluso con cierto alivio que la Sala 3ª acepte naturales diferencias de criterio en la valoración de las pruebas, a efectos penales y de sanción administrativa, aunque sea aquí para justificar la presencia de simulación en un caso donde la jurisdicción penal había rechazado la concurrencia de la falsedad inherente al delito. En este sentido, la STS de 29-10-2012 (rec. 3781/2009, V.1.3) razona:

*«Este criterio no puede ser compartido por la Sala, ya que aunque en la apreciación sobre la existencia o no de simulación existe una base fáctica importante, lo cierto es que la Jurisdicción Penal, por las razones que aduce, y analizando cada una de las operaciones realizadas aisladamente, solo llegó a la conclusión de que los hechos que se declararon probados no eran constitutivos de delito, pronunciamiento que no podía vedar a la Administración Tributaria, ni a los órganos revisores a valorar los mismos hechos desde un punto de vista jurídico fiscal, al ser diferentes los modos y criterios de enjuiciamiento en las diversas jurisdicciones con respecto a los hechos que a ellas pueden someterseles, por prestarse los mismos a diversas modulaciones en relación con las normas aplicables, de estructura finalista distinta y, por tanto, con eficacia o efectos diferentes» (FJ 5º).*

#### V.4. Posibles supuestos de simulación clásica en materia tributaria

Damos cierre a este apartado sobre la simulación considerando la posibilidad de que, más allá de los que se vienen designando como supuestos de simulación de la causa, podamos encontrar en el ámbito tributario actuaciones de auténtica ocultación fáctica que respondan al concepto tradicional de simulación según el derecho privado. Es decir, al concepto de lo que a nuestro juicio debería ser esta categoría también en materia tributaria.



El análisis de los casos sujetos al criterio del Tribunal Supremo en los últimos años proporciona, a nuestro juicio, al menos tres ejemplos en los que parecen estar presentes, a primera vista, los perfiles propios de la simulación, aunque en uno de ellos descartaremos que así suceda. Empezaremos por este último, que es también el más lejano en el tiempo.

Nos referimos al supuesto juzgado en la STS de 8-3-2012 (rec. 4789/2008, V.1.5). Sucintamente expuestos, en lo que aquí interesa, los hechos habían sido los siguientes: una persona física concurre a una ampliación de capital de una sociedad controlada por su grupo familiar, aportando diversos bienes cuyo valor es desproporcionadamente superior al de las participaciones recibidas. Con ello se logra la producción de pérdidas patrimoniales a efectos del IRPF (anulando así el gravamen de las ganancias obtenidas de otras fuentes en el mismo ejercicio). La Inspección había tratado el supuesto como simulación, y el Tribunal Supremo considera correcta esa inferencia. Según se desprende de la calificación administrativa de los hechos, en este caso lo que se consideró simulado fue la obtención de la pérdida, pues los bienes correspondientes se habían colocado en una entidad bajo el control del mismo titular, es decir, a juicio de la Inspección y de la sentencia, la pérdida no se habría realizado. En realidad, a nuestro modo de ver, no se trata tampoco de un supuesto propio de simulación, y la solución hubiera debido encauzarse mediante una simple calificación del negocio como parcialmente realizado a título lucrativo, pues si bien no se podía negar la existencia de la aportación y la correspondiente transferencia de la titularidad de los bienes a un sujeto formalmente distinto (así lo reconoce la propia sentencia), lo cierto es que existía un importante desequilibrio entre el valor de lo aportado y el de las participaciones recibidas a cambio, que sólo podía explicarse por el ánimo del socio de trasladar parte de su riqueza al patrimonio de la entidad. Bajo esta premisa, nada hubiera impedido computar como valor de transmisión la totalidad del valor real de los bienes aportados, lo que hubiera frustrado la pretendida pérdida.

En el segundo de los casos sí pensamos que la actividad probatoria desplegada por la Inspección hubiera justificado una declaración de simulación. Sin embargo, el caso es resuelto por la propia Inspección poniendo el foco de la simulación en un elemento que, en nuestra opinión, no era el que las partes habían falseado. De manera sucinta, los hechos fueron los siguientes: un profesional recibe servicios de asesoramiento que le son facturados por una sociedad perteneciente a su círculo familiar estricto (el

propio profesional, su cónyuge y sus hijos). Los importes facturados se computan como gastos deducibles de los rendimientos del profesional en su IRPF. Pues bien, creemos que todos los indicios presentes en el caso apuntan a que los servicios de asesoramiento no se prestaron, pues por mucho que se interpusiera la titularidad societaria, materialmente el asesoramiento se lo habría tenido que prestar el propio profesional a sí mismo. El contrasentido que implicaría esta constatación autoriza, a nuestro modo de ver, a inferir que tales servicios fueron fingidos, es decir, simulados. Los gastos computados por tal concepto, en consecuencia, podían haberse considerado inexistentes y, por tanto, no deducibles. Como se ha dicho, la sentencia sitúa el foco en los rendimientos desviados hacia la entidad, que habían tributado en el IS a un tipo notablemente inferior al marginal del IRPF, por lo que estimó correcta su imputación al socio persona física y el consiguiente gravamen por este último impuesto. Para ello se considera simulada la intervención de la sociedad en la percepción de los rendimientos. El resultado termina siendo, no obstante, similar.

Por último, en el caso enjuiciado por la STS de 19-7-2017 (rec. 1634/2016) se aprecia la simulación a nuestro juicio de forma en parte correcta, pues se había molestado a la Inspección en aportar pruebas de que la compraventa que supuestamente había materializado una reinversión de beneficios extraordinarios se había convenido por un precio inferior (la mitad, justamente) del manifestado por las partes. Se declaró de esta forma la simulación absoluta de la parte del precio no satisfecha, cuyo pago había tratado de sustentarse por los sujetos intervinientes, parcialmente en un inexistente aplazamiento posterior y, en otra parte, en un pago efectivo que no era tal, pues inmediatamente éste dio lugar al reembolso de su importe mediante una ampliación de capital carente de lógica económica, y que no producía tampoco ningún efecto patrimonial efectivo, al suscribirse la totalidad de la misma por quienes ya eran socios (supuestos vendedores) y en la misma proporción de su participación previa. Tal vez esta segunda faceta de la operativa implique más bien una ampliación de capital artificiosa (conflicto), pues formalmente fue llevada a cabo y otra cosa es que sus efectos sean los propios de una rebaja en el precio efectivo pactado (el importe del tramo correspondiente a la ampliación), mediante su reembolso a través de la suscripción de la emisión. Pero en cuanto al primer tramo del precio no satisfecho sí que parecen haberse aportado por la Inspección pruebas de que no había intención de satisfacerlo (la voluntad de las partes desde el principio había sido ésa). La compradora ca-

recía de recursos económicos, y de su actuación pudo inferirse asimismo que no pensaba disponer de tales recursos tampoco en el futuro (como razona la Administración y lo respalda la sentencia)<sup>68</sup>.

## VI. LA PRESENCIA DE *FRAUDE O EVASIÓN* COMO CIRCUNSTANCIA EXCLUYENTE DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: LA *AUSENCIA DE MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS*

### VI.1. DOCTRINA GENERAL: LA CONCILIACIÓN DE LAS DIFERENCIAS DE REDACCIÓN ENTRE LA LIS Y LA DIRECTIVA UE

La cláusula antielusiva cuya delimitación jurisprudencial abordamos a continuación está recogida como se sabe en el art. 89.2 LIS. Su finalidad es evitar un empleo abusivo de las posibilidades de reestructuración societaria, aprovechando con tal fin la facilidad que la Ley dispensa, al declarar no sujetas (al IS, al IRPF y al IRNR) las plusvalías acumuladas en los bienes que son objeto de transferencia entre los distintos sujetos intervinientes. El aludido régimen, regulado en el Capítulo VII del Título VII de la vigente LIS (suele denominarse también régimen de neutralidad o de diferimiento), se aplica, como es sabido, a las operaciones societarias que se describen en sus arts. 76 y 87, es decir, fusiones (artículo 76.1), escisiones (artículo 76.2), canjes de valores (artículo 76.5), aportaciones de rama de actividad (artículo 76.3), cambios de domicilio de sociedades europeas de un país miem-

---

(68) Véase, en especial, el siguiente pasaje del FJ 4º de la citada sentencia: «*La necesaria planificación de la obra y su financiación implica que ya desde ese momento los gestores de entidad conocían que no dispondrían de los fondos que se comprometían a entregar a los vendedores. Por otra parte, dada la obligación de mantenimiento de activos afectos a la Reserva para Inversiones en Canarias no puede considerarse que se pretendiese cancelar las deudas con los recursos derivados de la actividad de la empresa, puesto que tales recursos no podrían proceder de la venta de los inmuebles, una vez terminados ; al estar afectos a dicha obligación, ni de la actividad ordinaria de explotación, directa o indirecta, del complejo, puesto que en tan breve período de tiempo (entre la terminación de las obras y diciembre de 2008 podrían transcurrir a lo sumo dos años) no se generarían recursos suficientes. De ello concluye la Inspección que **no cabe plantear una intención inicial de hacer frente a los pagos pactados, que después se viera alterada por una evolución negativa de la actividad empresarial, que impidiera no solo tal cumplimiento, sino que hiciera necesaria nuevas aportaciones de los socios, sino que evidencia el conocimiento por parte de los vendedores de las acciones, que son también los gestores de la entidad compradora, desde el primer momento, de que no iban a percibir los precios en el modo pactado***» (la negrita es nuestra).

bro a otro de la UE respecto de los bienes situados en territorio español (artículo 76.7) y aportaciones no dinerarias especiales (artículo 87). Como se ha dicho, sin embargo, se excluyen sus efectos cuando se aprecie la circunstancia prevista en el art. 89.2 LIS, es decir, cuando se constate que la operación de reestructuración se ha llevado a término con la única o primordial finalidad de eludir el pago de tributos. A tenor del citado precepto:

*«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».*

El significado de esta cláusula antielusiva ha sido objeto de frecuente controversia en el pasado. Entre otras cuestiones, se planteó en un principio si, conforme a su texto, era pertinente exigir la presencia de motivo económico válido para admitir la aplicación del régimen, pues el indicado requisito no se recogía literalmente en su redacción original. El Tribunal Supremo terminó resolviendo en sentido afirmativo, teniendo en cuenta la vinculación de la norma a lo dispuesto en la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009 (en adelante, Directiva 2009/133), donde sí se contenía una alusión expresa al motivo económico válido. Debe tenerse en cuenta a estos efectos que la norma interna tenía por objeto la transposición de lo dispuesto en la citada Directiva (para ser exactos, en su precedente, la Directiva 90/434/CEE, que regulaba la cuestión de forma idéntica en este punto) y que, si bien el ámbito de esta última se limitaba en principio a las reestructuraciones en las que estuviesen implicadas entidades establecidas en más de un Estado Miembro, lo dispuesto en ella debía considerarse aplicable también a las reestructuraciones internas, debido a que la norma estatal española, al incorporarla a nuestro ordenamiento, había extendido su aplicación en las mismas condiciones a las operaciones que afectasen sólo a entidades residentes en territorio español<sup>69</sup>.

---

(69) En el sentido indicado, la STJUE de 17 de julio de 1997 (asunto *Leur-Bloem*, C-28/95) afirmó que, [...] cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse. [...] el Tribunal de Jus-

Sea como sea, con objeto de resolver las dudas interpretativas en torno a la exigencia de motivo económico válido, en los últimos años se ha venido consolidando una doctrina del Tribunal Supremo que vincula el contenido de la cláusula interna al del art. 15.1.a) de la Directiva 2009/133 [y antes, al art. 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE, que frecuentemente es el precepto al que por razón de vigencia temporal se remite esta jurisprudencia]. No en vano, es la Directiva la que sirve de base a la norma estatal, si bien su redacción literal ofrece alguna diferencia entre ambas. En concreto, el precepto de la Directiva es del siguiente tenor:

*«1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1:*

*a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; 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;».*

Con todo, por encima de las evidentes diferencias de redacción (pues, como se ve, lo que para la Directiva constituye la base para presumir el fraude, para la norma interna parece configurarse como un supuesto particular de fraude), el Tribunal Supremo ha consagrado desde sus primeros pronunciamientos una plena compatibilidad entre ambos preceptos. De hecho, bajo una redacción anterior de la norma interna, en cuyo texto no se hacía ninguna alusión a la ausencia de motivos económicos válidos (circunstancia que sí se menciona ahora expresamente como indicativa del fraude o evasión), se consideró plenamente aplicable por vía interpretativa lo dispuesto en la Directiva. En consecuencia, antes como ahora, la interpretación de la norma interna debe llevarse a término conciliando su contenido con el de la Directiva, y en particular, en cuanto al concepto específico de «fraude o evasión», y en cuanto al papel que debe atribuirse a la exigencia de «motivo económico válido» a estos efectos. En tal sentido, la STS de 19-2-2015 (rec. 647/2013)<sup>70</sup>:

---

*ticia es competente para interpretar el Derecho comunitario cuando éste no regula directamente la situación controvertida y, sin embargo, el legislador nacional ha decidido, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de una Directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la Directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al Derecho comunitario (apartados 32 y 34).*

(70) Entre otras muchas en el mismo sentido, también las SSTS de 8-3-2012 (rec. 3777/2008, FJ 4º.4), de 24-1-2013 (rec. 1847/2009, VI.1.1, FJ 4º.4), y de 21-7-2014 (rec. 1871/2013, FJ 3º).

*«Pese a que una interpretación literal del precepto podía hacer pensar que solamente era causa de exclusión del régimen especial la realización de las operaciones con una finalidad de fraude o evasión fiscal, no fue éste el criterio seguido por la jurisprudencia de esta Sala, que, inspirada en el Derecho Comunitario, puso de relieve la necesidad de que concurriera un motivo económico válido para que la operación pudiera acogerse al régimen especial» (FJ 3º).*

Así pues, a tenor de la doctrina del Tribunal Supremo, los términos «fraude o evasión» poseen un significado autónomo derivado de la Directiva de la Unión Europea, que debe considerarse plenamente incorporado a la norma interna, y que debe desentrañarse a partir del texto de la citada Directiva y de la jurisprudencia correspondiente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## **VI.2. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN FRAUDE O EVASIÓN Y SU VINCULACIÓN A LA AUSENCIA DE MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS**

### ***A) La ausencia de motivos económicos válidos como base de la presunción de fraude o evasión***

Así las cosas, los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la cuestión abonan una interpretación amplia del concepto de fraude o evasión fiscal, como criterio de exclusión del régimen de neutralidad. Su significado es más extenso que el de fraude a la ley tributaria que se encontraba recogido en la LGT/1963, vinculándose más bien a la prohibición de abuso del derecho y de su ejercicio antisocial prevista en el art. 7.2 del Título Preliminar del CC. En este sentido, si bien la presencia de una actuación materialmente subsumible en la categoría tradicional de fraude a la ley llevaría consigo en todo caso la existencia de fraude o evasión, el concepto no se agota en este tipo de actuaciones. Para la apreciación de su existencia, la normativa de la Unión Europea, y en particular la Directiva 2009/133, constituye como ya se ha visto un criterio interpretativo privilegiado. En su virtud, el fraude o la evasión podrán apreciarse cuando la operación u operaciones de reestructuración tengan como propósito principal (o como uno de sus propósitos principales) la obtención de una ventaja fiscal. La Administración tributaria puede presumir su concurrencia cuando las operaciones llevadas a cabo no respondan a motivos económicos válidos. Resulta ilustrativa de esta línea de razonamiento la STS de 24-1-2013 (rec. 1847/2010, VI.1.1):

*«Esta interpretación amplia del concepto de "fraude o evasión fiscal" se desprende también de nuestra doctrina. Así, en la sentencia de 5 de julio de 2010 (rec. cas. núm. 373/2007), esta Sala, tras recordar a) que la finalidad que persigue el art. 11.1.a) de la 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, realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros, que es "el establecimiento en todos los Estados miembros de un régimen fiscal común para las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones, que sea neutro y que no penalice tales operaciones cuando tienen lugar entre sociedades de distintos países de la Comunidad (considerando primero y segundo de la Directiva)", y que, b) sin embargo, "el artículo 11.1.a) de esta norma comunitaria permite aparcar ese empeño armonizador cuando las operaciones societarias persigan, como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, a cuyo efecto el hecho de que se realicen sin "motivos económicos válidos" puede constituir una presunción», añadimos c) que "en realidad, estas normas específicas no son más que una emanación del artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial" [(FD Cuarto); en el mismo sentido, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (rec. cas. núm. 2800/2003), FD Segundo].*

*De igual forma, en la sentencia de 13 de enero de 2011 (rec. cas. núm. 1451/2006), y con relación a una operación de canje de valores que originó una liquidación por el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 1994 y 1995, hemos acudido al criterio de inexistencia de motivos económicos válidos para denegar el acceso al régimen previsto en la Ley 29/1991, es decir, a una norma anterior a la reforma introducida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.*

*(...) El análisis de las circunstancias concurrente en el caso de autos avala la tesis de la sentencia recurrida en cuanto que pone de manifiesto que en la controvertida operación de escisión no existe un motivo económico válido que justifique la misma, sino meramente fiscal: la posibilidad de obtener un beneficio fiscal. A esta conclusión contribuye especialmente el análisis de los actos posteriores a la escisión» (FJ 4º.4).*

Pues bien, habida cuenta de que la ausencia de motivos económicos válidos resulta determinante para la presencia de *fraude o evasión*, y toda vez que la interpretación de la cláusula antielusiva interna se vincula por el Tribunal Supremo al contenido de la Directiva de la Unión Europea, resulta imprescindible a estos efectos acudir a la delimitación del concepto de motivo económico válido presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Su doctrina al respecto puede resumirse en tres puntos:

- En primer lugar, el concepto de motivo económico válido es más amplio que la mera ventaja fiscal; es decir, cuando el motivo preponderante de la operación sea el logro de una ventaja fiscal, ello no será suficiente por sí solo para apreciar la presencia de motivos económicos válidos<sup>71</sup>.

---

(71) Vid. la STJUE de 17-7-1997, asunto *Leur-Bloem*, C-28/95, apartado 47: *Del tenor y de los objetivos del artículo 11, así como de los de la Directiva se deduce que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que sólo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo.*



- En segundo lugar, y no obstante la afirmación anterior, el hecho de que una operación persiga como objetivo obtener una ventaja fiscal no impide que pueda apreciarse la existencia de motivos económicos válidos, si dicha ventaja no constituye un objetivo principal<sup>72</sup>.
- Por último, la presencia de motivos económicos válidos debe valorarse en función de las circunstancias específicas de cada caso. Esto determina que no puedan concretarse *a priori* criterios válidos con carácter general para calificar todos los supuestos susceptibles de darse en la realidad<sup>73</sup>.

En resumidas cuentas, por tanto, la mera constatación de que la operación ha reportado una ventaja fiscal puede ser determinante de la exclusión del régimen, siempre que los hechos no pongan de manifiesto, a juicio de la Administración tributaria, la presencia de un motivo económico de suficiente relevancia para justificar la reestructuración. A partir de ese punto, si el sujeto pasivo quiere evitar la cláusula antiabuso deberá acreditar que sí existe un motivo capaz de sustentar racionalmente la operación bajo una lógica empresarial.

El Tribunal Supremo asume esencialmente este modo de articular el proceso lógico que desemboca en la apreciación de la existencia de fraude o evasión, y en la correspondiente exclusión del régimen de diferimiento. Buen exponente de esta forma de razonar es la STS de 23-11-2016 (rec. 3742/2015, VI.1.2 y VI.7.1):

*«Todo ello nos lleva a la conclusión de que lo que le incumbe a la Administración es constatar que el objetivo principal perseguido era la obtención de una ventaja fiscal, como así lo poníamos de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, rec. cas. 1668/2011, "(...)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 iuris tantum que autoriza el ar-*

---

(72) De acuerdo con la STJUE de 10-11-2011, asunto *Foggia*, C-126/10, apartado 35, *puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que éstas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada.*

(73) Para apreciar la posible existencia de motivos económicos válidos deberá llevarse a cabo un examen global de la operación, sin que *a priori* existan circunstancias que por sí solas puedan determinar un juicio negativo al respecto (STJUE de 20-5-2010, asunto *Zwijnenburg*, C-352/08, apartado 44). En concreto, por ejemplo, no puede rechazarse de forma automática la concurrencia de motivos económicos válidos en una escisión por el mero hecho de que la sociedad escindida no desarrolle actividades económicas o porque ésta y las que recibieron sus bienes tengan el mismo administrador, domicilio social y socios (STJUE *Foggia*, citada en nota anterior, apartados 37 a 39).

*título 110.2 de la Ley 43/1995, que, como ya hemos apuntado, traslada nuestro ordenamiento interno el artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, lo que no es lo mismo”, esto es se presume dicha finalidad prohibida por la inexistencia de motivos económicos válidos.*

*(...) Lo cual conduce a que sea necesario, caso por caso, despejar el concepto jurídico indeterminado de "motivo económico válido", que lógicamente surgirá del conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, pero necesariamente no puede desconectarse de los objetivos y finalidad del régimen de diferimiento, la neutralidad fiscal para hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial» (FJ 2º).*

De acuerdo, por tanto, con esta jurisprudencia, la constatación de que las partes han logrado una ventaja fiscal actúa en la práctica como verdadero desencadenante de la presunción de fraude o evasión (consistiendo éste precisamente en la utilización de la operación con una exclusiva finalidad de ahorro fiscal). Basta para ello con que la Administración no perciba a primera vista ningún otro motivo económico relevante para justificar la operación. Bajo tales condiciones, corresponderá al sujeto pasivo desvirtuar el propósito presumido de fraude o evasión, acreditando la presencia de un motivo económico válido<sup>74</sup>. La STS de 24-9-2012 (rec. 1595/2009, VI.2)

---

(74) Como indicara, en relación con el precepto, PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 235 (2002), págs. 63 y ss. «la ausencia de motivos económicos válidos únicamente sería indicio de tal fraude o evasión, como prevé la Directiva». Así también FALCÓN Y TELLA, R.: «La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, núm. 4 (2001), pág. 6, «una interpretación conforme a la Directiva debe llevar a la conclusión de que estamos ante una simple presunción *iuris tantum*». En la misma línea, GARCÍA NOVOA, C.: «La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 54 (2001), págs. 44 y ss. (en especial, 48), invocando la STJUE *Leur-Bloem* más atrás citada, argumenta que «esa mayor amplitud de los motivos económicos, frente a las ventajas fiscales, supone que se podrá denegar la aplicación del régimen especial cuando una operación tenga como único motivo la búsqueda de una ventaja fiscal, porque el particular, como consecuencia de la aplicación de la presunción, no sea capaz de probar que esa operación está guiada por alguna finalidad económica válida» Por su parte, GARCÍA PRATS, F.A.: «Las medidas anti-abuso y el Derecho comunitario» en *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, obra colectiva, IEF, Madrid (2002), pág. 203, afirmaba también que, pese a su redacción literal, la cláusula antiabuso interna sólo resultará conforme con el texto de la Directiva si se lee en clave de mera presunción. Más recientemente, PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J.: «La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española», *Crónica Tributaria*, núm. 144 (2012), pág. 135, señalan que «la ausencia de motivación económica tiene únicamente la función de contribuir, a modo de presunción, a la prueba de los hechos constitutivos del fraude o la evasión fiscal».

pone de manifiesto las consecuencias de este desplazamiento de la carga de la prueba hacia las partes:

*«La recurrente aduce que la Inspección debía haber efectuado actuaciones o indagaciones respecto a cómo le había ido a las sociedades beneficiarias, si estaban mejor o peor posicionadas, si se habían liquidado o seguían operando, cómo ha afectado la escisión a los agentes económicos con los que se relacionaban la escindida y las beneficiarias, pero lo cierto es que, según exponíamos anteriormente, rechazada por la Inspección la existencia de "motivos económicos válidos", y sentada la presunción de "fraude o evasión fiscal", era a la parte a quien correspondía acreditar esos extremos, quien además, conforme al principio de facilidad probatoria, consagrado en el artículo 217.7 de la Ley 1/2000, estaba en mejores condiciones para efectuarlo, debiéndose poner de relieve que ni siquiera la recurrente ha solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento de instancia» (FJ 7º).*

La idea se reitera, entre otras, en la STS de 28-11-2013 (rec. 2581/2011), cuyas consideraciones mantienen plena vigencia, aunque su objeto sea un precepto ya derogado, teniendo en cuenta que la norma actual no ha supuesto un cambio sustancial en el entendimiento de esta cláusula por parte del Tribunal:

*«A partir de la Ley 43/1995, aplicable al caso de autos, cabe integrar su texto con la jurisprudencia comunitaria, lo que luego encontraría asunción legal explícita a partir de la Ley 14/2000, en el sentido de que la acreditación del hecho negativo --el propósito elusorio del Impuesto-- puede hacerse viable mediante la prueba de un hecho positivo --la persecución de un motivo económico válido--, prueba que en este caso no se ha conseguido, toda vez que ni la parte actora acredita formalmente, en la fase procesal idónea a tal fin, que la escisión se dirigiera a reestructurar una actividad empresarial, ni materialmente las amplias consideraciones de la demanda tienen fuerza suficiente para lograr la convicción de este Tribunal sobre la existencia de tal motivo» (FJ 10º).*

En síntesis, de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cláusula antielusiva determina que, una vez comprobada la ventaja fiscal que se derivaría de aplicar el régimen de diferimiento, y ante una primera constatación negativa por la Administración sobre la concurrencia de motivos económicos válidos, la carga de probar la realidad de éstos se desplace al sujeto pasivo.

### ***B) El concepto de ventaja fiscal a efectos de apreciar el fraude o la evasión***

El concepto de *ventaja fiscal* se revela, pues, clave a estos efectos. En particular, posee la máxima relevancia determinar si se puede presumir la existencia de fraude o evasión, ante la ausencia aparente de otros motivos económicos, cuando el único efecto fiscal favorable que las partes pueden obtener es la no sujeción de las plusvalías derivadas de la transferencia de

bienes a que da lugar la propia operación objeto del régimen de neutralidad. En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa, pues lo que cabe inferir entonces es precisamente la existencia de un motivo económico válido. Por tanto, no cabría apreciar, de acuerdo con la Directiva, el presupuesto base de la presunción de fraude o evasión (que es, contrariamente, la ausencia de aquel motivo). Naturalmente, nos referimos a situaciones en las que las operaciones societarias se hayan llevado a término de manera regular, pues si queda acreditado que ha mediado una actuación artificiosa, la presencia del fraude o evasión a que se refiere la norma no es que se presuma, sino que habrá quedado directamente probada. Ahora bien, para ello sería necesario evidenciar que se han empleado negocios impropios para la consecución del resultado jurídico-patrimonial derivado de la operación (y que no se han logrado efectos distintos a los que serían naturales del negocio u operación propia que se ha eludido realizar, o que no se ha logrado ningún efecto jurídico-patrimonial relevante).

Por el contrario, cuando los efectos jurídico-patrimoniales son los propios de este tipo de operaciones, sin dar como resultado una reducción tributaria respecto al gravamen que se hubiera soportado en caso de no haberse llevado a término la reestructuración, no parece razonable exigir, además, que las partes prueben la concurrencia de un móvil económico específico. Como se ha dicho, el motivo económico válido, en tal caso, debería presumirse. En efecto, si no se ha logrado ningún efecto fiscal reseñable fuera del diferimiento en el gravamen de las plusvalías, es lógico estimar que las partes han obrado para obtener algún tipo de mejora con relevancia jurídico-patrimonial, económica o de gestión, respecto a la configuración societaria original. No parece que tal circunstancia deba ser objeto de una prueba específica, teniendo en cuenta que, de haberse mantenido la situación previa a la reestructuración, las plusvalías latentes tampoco habrían sido objeto de gravamen, pues no habría tenido lugar ninguna transferencia de bienes. Es decir, la no sujeción de las plusvalías no comporta, desde este punto de vista, ningún ahorro fiscal para las partes, por lo que no podría considerarse que el móvil principal de la operación es un propósito fiscal<sup>75</sup>. Bajo estas

---

(75) En efecto, tal como razona FALCÓN Y TELLA, R. («La nueva redacción...», *cit.*, pág. 6), «en todo caso, una cabal interpretación de la cláusula antiabuso debe conducir, claramente a entender que puede quedar excluido el régimen de diferimiento de impuestos únicamente cuando se busque ahorrar un tributo distinto de los que se devengarían como

premisas, y toda vez que el fundamento del régimen de neutralidad es hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial, la Administración no puede sin más rechazar la presencia de unos móviles económicos, organizativos o de gestión, que razonablemente cabe intuir subyacentes a la reestructuración. Dicho en otros términos, lo que no respondería a las reglas de la lógica y de la experiencia es deducir que las partes han generado sin motivo aparente una plusvalía inocua por el solo prurito de aprovechar el beneficio nominal que otorga la aplicación del régimen especial de diferimiento. Esta idea es la que, a nuestro entender, determina la decisión favorable al motivo económico válido en la STS de 23-11-2016 (rec. 3742/2015, V.7.1):

*«[C]omo 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, que no concurran motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, "tales como", aparte de los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecte con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.*

*(...) En definitiva, la sentencia debe ser casada y como jueces de instancia, dado que como se ha razonado se ha rechazado que las operaciones tuvieran como objetivo principal la elusión fiscal, resultaba de todo punto legítimo acogerse al expresado régimen especial, por lo que procede acoger la pretensión actora y anular los actos impugnados» (FJ 3º).*

---

consecuencia de las propias operaciones de reorganización». Así también, CALVO VÉRGEZ, J.: «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*, núm. 81, noviembre (2013), pág. 47: «*a priori*, la eventual ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen no debe ser motivo para inaplicar el régimen especial. Téngase presente que en otro caso hubiera bastado con que la LIS art. 96 hubiera establecido únicamente la primera condición, relativa a la inexistencia de motivos económicos válidos, para inaplicar el régimen especial, ya que siempre existiría una ventaja fiscal».

**C) La exigencia implícita de ventajas adicionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el papel decisivo de las circunstancias previas, coetáneas y posteriores**

La conclusión expuesta vendría avalada con toda claridad por algunas sentencias de la Audiencia Nacional<sup>76</sup>. Y aunque es más difícil encontrar un apoyo explícito de la misma en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, no sólo no puede decirse que su doctrina se muestre incompatible con el planteamiento apuntado, sino que incluso puede atisbarse en ella, a nuestro modo de ver, una clara aceptación implícita de sus resultados.

Ciertamente, el Tribunal Supremo rechaza con insistencia que, para excluir el régimen de neutralidad, la Administración deba probar la existencia de fraude a la ley tributaria, lo que lo lleva a situar en el sujeto pasivo la carga de la prueba del motivo económico válido. Como ejemplo, entre otras muchas, citaremos la STS de 27-10-2014 (rec. 4184/2012):

*«[L]a expresión “principalmente con fines de fraude o evasión fiscal”, utilizada por la redacción inicial del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, que no es sustancialmente distinta de la que usó el citado precepto tras su reforma por la Ley 14/2000 [“principal objetivo el fraude o la evasión fiscal”], ni tampoco de la que empleaba el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434 [“principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”], no equivale al fraude de ley tributaria del artículo 24 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (...).*

*No le incumbía a la Administración acreditar la existencia de un negocio ilícito o falso, sino probar que el principal objetivo era la obtención de un beneficio fiscal, por la ausencia de otra explicación económica válida. Este es el sentido del precepto. Le cabía a la Inspección de los Tributos justificar, como hizo, la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal presumiendo la realización de la operación “principalmente por fines de fraude o evasión fiscal”, habida cuenta de la inexistencia de motivos económicos válidos en la misma» (FJ 2º).*

Ahora bien, sólo mediante una lectura superficial de este pasaje (repetido, ciertamente, hasta la saciedad en la jurisprudencia del Tribunal) se podría alcanzar la conclusión de que es exigible siempre una prueba específica del

---

(76) Por todas, la SAN de 4-3-2010 (rec. 318/2007): *Es evidente que no basta con negar la existencia de “motivo económico válido” para trasladar al interesado la carga de acreditar su efectiva concurrencia. Como sucede en el caso enjuiciado, la operación de escisión se ha realizado efectivamente, cumpliéndose las exigencias formales establecidas en la normativa mercantil que resulta de aplicación. Ha de presumirse, por tanto, que dicha operación no se efectuó con finalidades espurias o torticeras, de suerte que pesa sobre quien afirma la presencia de estas extrañas y distintas causas acreditar fehacientemente su concurrencia (FJ 5º).*



motivo económico válido por parte del sujeto pasivo. En realidad, lo único que el Tribunal quiere con toda claridad significar es que, para apreciar el propósito de fraude o evasión, determinante de la exclusión del régimen de neutralidad, no es preciso que la Administración pruebe la existencia de fraude de ley (o, en la actualidad, conflicto en la aplicación de la norma). Pero eso no quiere decir que no se deba probar el propósito de fraude o evasión en el sentido autónomo que dicho concepto tiene en el ámbito de este régimen; y, como antes hemos dicho, si la operación se ha llevado a cabo de modo recto, limitándose sus resultados jurídico-patrimoniales a los que son propios de la reestructuración correspondiente, sin que se haya obtenido ninguna ventaja fiscal distinta del diferimiento, no puede servir a efectos probatorios la presunción basada en la ausencia de motivo económico válido, pues en tal caso el motivo económico válido debe presumirse. Por eso, lo que debe siempre evidenciar la Administración, a efectos de activar la presunción de fraude o evasión, es la obtención de una ventaja fiscal por contraste con la situación previa a la reestructuración, y a la vista de la situación jurídico-patrimonial creada. Sólo en ese caso puede cuestionarse de modo razonable la presencia de motivo económico válido (ante la lógica intuición de que la operación se ha llevado a cabo con un propósito principalmente fiscal) y exigir, en consecuencia, que el sujeto pasivo aporte una prueba específica del mismo como condición para mantener la aplicación del régimen.

Como apoyo de la idea anterior, es importante empezar poniendo de relieve que, para apreciar los elementos constitutivos del fraude o la evasión, tanto el Tribunal de Luxemburgo como el Tribunal Supremo, ponen el foco de atención siempre en el examen de las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores que acompañan a la operación societaria. Así lo expresa, entre otras muchas, la STS de 18-11-2013 (rec. 654/2012, VI.3.1)<sup>77</sup>:

*«Se ha de recordar que en la indagación sobre la existencia de motivos económicos válidos en la operación de reestructuración empresarial, que permitan descartar que su finalidad principal fuera el fraude o la evasión fiscal, han de considerarse, como hemos dejado sentado en las sentencias de 14 de mayo de 2012 (casación 2144/10, FJ 3º) y 18 de junio de 2012 (casación 5352/09, FJ 3º), las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la operación de reestructuración examinada, porque, en otro caso, no se estaría efectuando un verdadero examen global de la misma, como exige la jurisprudencia»*

---

(77) Así, además de muchas otras, también las SSTS de 14-5-2012 (rec. 2144/2010, VI.4.1, FJ 3º), de 18-6-2012 (rec. 5352/2009, FJ 3º), de 18-3-2013 (rec. 392/2011, VII.1.3, FJ 2º), de 26-9-2014 (rec. 844/2012, FJ 5º) y de 23-11-2016 (rec. 3742/2015, VI.1.2, FJ 3º).



*cia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y así lo ha hecho la Sala de instancia. En los fundamentos jurídicos noveno y décimo de su sentencia deja amplia y motivada constancia de las razones que en su ánimo condujeron a la conclusión de que las distintas operaciones analizadas no perseguían reestructurar el grupo empresarial y salir del impasse provocado por las disidencias entre los grupos de socios, sino, antes bien, la obtención de los beneficios derivados de la aplicación del régimen especial de la Ley 43/1995, consiguiendo una revalorización contable de los activos (las parcelas del sector ...) sin tributar por las plusvalías obtenidas» (FJ 2º).*

Por su parte, la STS de 14-10-2015 (rec. 3392/2013, VI.5.1), reviste gran interés como apoyo de nuestra argumentación, por cuanto alude a la distinción entre la cláusula general antielusiva del vigente art. 15 LGT (conflicto en la aplicación de la norma) y la del entonces art. 110.2 LIS (actual art. 89.2 LIS), subrayando la necesidad de que también para la entrada en juego de esta última se examinen todas las circunstancias concurrentes, lo que a nuestro juicio significa descartar cualquier automatismo en la exigencia de pruebas específicas del motivo económico válido a las partes:

*«Se diferencia de la cláusula general antielusión, actual artº 15 de la LGT, una cláusula específica respecto del supuesto concreto que nos ocupa en los términos que se recoge normativamente, artº 110.2 de la LIS, que se hace girar sobre los motivos económicos válidos cuya ausencia determina la imposibilidad de acogerse al régimen especial, pero también en esta se reconoce elementos objetivos y elementos subjetivos, "mera finalidad de obtener una ventaja fiscal", lo cual ha de resultar del conjunto de circunstancias de cada caso en concreto, puesto que en estos supuestos es común una indeterminación natural que siempre va a ser preciso despejar, pues no es siempre fácil identificar en el entramado operacional llevado a cabo la existencia de motivos económicos válidos, lo que exige un análisis objetivo por la Administración de todas las circunstancias concurrentes dirigida a determinar si hubo o no abuso, pues es a partir de dicho análisis objetivos de los elementos concurrentes cuando es posible despejar si la operación ha tenido por finalidad obtener una ventaja fiscal» (FJ 2º).*

A nuestro modo de ver, lo que se quiere significar con estas consideraciones es que, si bien no está obligada la Administración tributaria a probar que las actuaciones de las partes se llevaron a cabo con artificio o doblez (fraude a la ley o conflicto en la aplicación de la norma), eso no significa que para presumir el fraude no se deba acreditar, mediante el análisis del conjunto de circunstancias que rodearon la operación, la existencia de un móvil fiscal predominante por encima de cualquier otro motivo económico válido. Queda obligada, por tanto, la Administración a probar que la aplicación del régimen produciría ventajas tributarias capaces de impulsar por sí solas la iniciativa de reestructuración. Y tales ventajas no pueden reducirse al mero diferimiento, pues como ya hemos visto tal efecto es objetivamente insuficiente para explicar por sí mismo la actuación de los sujetos pasivos. Por consiguiente, si la operación se ha llevado a cabo regularmente, em-

pleando las formas jurídicas idóneas en relación con sus efectivos resultados jurídico-patrimoniales, debe aceptarse la aplicación del régimen y la consiguiente no sujeción al impuesto de las plusvalías generadas.

La conclusión anterior vendría a confirmarse a partir del análisis de los supuestos concretos donde el Tribunal ha aceptado que se imponga la presunción de fraude o evasión, dado que en todos ellos se pone de manifiesto que la reestructuración se vio siempre acompañada de actuaciones adicionales de los sujetos que, de aplicarse el régimen de diferimiento, les hubieran reportado importantes reducciones en su tributación. A continuación citamos algunos de los supuestos más representativos que pueden hallarse en la jurisprudencia, bien entendido que se trata sólo de una muestra de los innumerables pronunciamientos donde se pone de relieve esta conexión inexorable entre la apreciación de fraude y las ventajas fiscales adicionales al mero diferimiento. El primer exponente se encuentra en la ya citada STS de 18-11-2013 (rec. 654/2012, VI.3.1, FJ 4º), que rechazó la aplicación del régimen por haberse encadenado dos operaciones de escisión, una total y otra parcial, seguidas de otras de fusión, cuyo conjunto había permitido la atribución de un bloque patrimonial a uno de los socios, pretendiendo así que esta separación del patrimonio social tuviera lugar sin coste tributario alguno<sup>78</sup>.

Las SSTS de 8-3-2012 (rec. 3777/2008, FJ 4º.4) y de 24-1-2013 (rec. 1847/2010, FJ 4º.4) consideraron igualmente que existía un propósito de fraude o evasión en un supuesto de escisión total subjetiva, a través de la cual se había transferido un inmueble a una de las sociedades beneficiarias, procediéndose a continuación a la venta de sus participaciones, pretendiendo así separar el inmueble del resto del activo social, con el fin de lograr su transmisión de forma indirecta sin soportar gravamen alguno. En la STS de 26-4-2012 (rec. 126/2009, FJ 4º) se consideró aplicable la cláusula antielusiva a una fusión impropia precedida de la compra de las participaciones de la sociedad absorbida, con la única finalidad de que la absorbente obtuviera la titularidad del inmueble que constituía el único patrimonio de aquélla, en lugar de haber realizado la compra directa del inmueble, lo que hubiera determinado la tributación de la transmitente por la renta derivada de la operación. Por su parte, la STS de 15-4-2013 (rec. 3010/2011, FJ 4º) rechazó el diferimiento de las plusvalías, basándose en la

---

(78) Así también, en un supuesto similar, la STS de 26-9-2014 (rec. 844/2012, FJ 5º).

finalidad predominantemente fiscal de una escisión total subjetiva, a la vista de las actuaciones posteriores de las partes, que supusieron una transmisión más o menos inmediata de las participaciones correspondientes a la sociedad adquirente de un inmueble, cuya titularidad material se habría logrado transmitir por la sociedad escindida sin tributación alguna por su parte, de haberse estimado aplicable el régimen de diferimiento.

La STS de 23-1-2014 (rec. 3834/2011, FJ 7º) apreció que se había llevado a cabo con una finalidad exclusivamente fiscal una escisión total, cuyo efecto fue la separación de los inmuebles integrantes de un patrimonio familiar para su enajenación posterior de manera individualizada, evitando la tributación correspondiente, mediante la transmisión por los socios de las participaciones recibidas en las sociedades adquirentes. En la STS de 4-7-2014 (rec. 725/2012, FJ 3º) se consideró inaplicable la no sujeción de las plusvalías realizadas en una operación de fusión, por acompañarse ésta de otras actuaciones que, en su conjunto, no tenían como fin último la reestructuración social, sino la venta de un inmueble concreto a terceros disfrutando beneficios fiscales que no hubieran podido obtenerse mediante su venta directa sin mediar la fusión previa. Un propósito exclusivamente fiscal se apreció asimismo por la STS de 19-2-2015 (rec. 647/2013, FJ 4º) en relación con una aportación no dineraria especial (art. 87 LIS), teniendo en cuenta las circunstancias que habían rodeado la operación, como «la efímera estancia» de los inmuebles en la sociedad a la que habían sido aportados, así como la «sucesión de acontecimientos» posteriores, con los que se había pretendido obtener los efectos propios de una escisión parcial, eludiendo el requisito de que el patrimonio segregado constituyera una rama de actividad. La STS de 1-6-2016 (rec. 3047/2014, VI.10.1, FJ 4º), por su parte, estimó aplicable, por razones parecidas, la cláusula antielusiva, en el caso de una aportación no dineraria especial de participaciones a una sociedad de nueva constitución, por entender que su finalidad había sido exclusivamente preparar la transferencia posterior de las mismas participaciones a otra sociedad, a fin de lograr la no sujeción de la importante plusvalía acumulada, evitando la tributación que habría correspondido si se hubiese efectuado una aportación directa a la adquirente final.

Para cerrar este amplio, aunque no exhaustivo muestrario, conviene referirse por último a dos SSTs de 13-10-2016 (rec. 1408/2015, FJ 3º, y rec. 1419/2015, FJ 3º), que excluyeron la aplicación del régimen de no sujeción a las rentas derivadas de una escisión total subjetiva, debido a que el resul-

tado de la operación había sido colocar los inmuebles de la entidad escindida en una de las beneficiarias, y los elementos de la explotación económica en la otra, con la finalidad de actualizar los valores de los activos de esta última para eludir la tributación en su transmisión posterior.

Como puede comprobarse, en todos los casos sucintamente descritos, y en otros muchos que no cabrían en este trabajo, la conclusión de que existía un propósito de fraude o evasión se obtiene a partir de la constatación de actuaciones añadidas, o por la concatenación de varias operaciones societarias, que denotaban el propósito predominantemente fiscal de las partes. A tal efecto se constata siempre que, de haberse aplicado el régimen especial de diferimiento, las operaciones en su conjunto habrían permitido obtener beneficios tributarios adicionales a la mera no sujeción de las rentas generadas por la transferencia de bienes inherente a la reestructuración en sí. De ahí que, a nuestro modo de ver, pueda intuirse que el Tribunal Supremo nunca apreciaría un propósito de fraude o evasión si se llevase a cabo una reestructuración societaria ajustada a los requisitos legales, sin el aditamento de otras actuaciones determinantes de ventajas tributarias añadidas para el conjunto de la operación.

La impresión anterior viene a confirmarse, por otra parte, a la luz del criterio sostenido por la STS de 14-5-2012 (rec. 2144/2010, VI.4.1, FJ 3º), cuando rechazó que el propósito principal de una escisión parcial pudiera considerarse de carácter fiscal, debido a que las circunstancias que rodearon la operación desmintieron tal carácter (la Inspección había apreciado que el móvil de la escisión había sido preparar las condiciones para evitar el gravamen de la plusvalía derivada de la enajenación posterior de un terreno que, sin embargo, no llegó a transmitirse):

*«[L]a Sala de instancia no ignora los comentarios de la Inspección sobre la ausencia de motivos económicos válidos para la operación de reestructuración empresarial realizada, otra cosa es que no los comparta, como desvela la lectura del siguiente pasaje del fundamento quinto de la sentencia recurrida: "La endeble construcción de las resoluciones recurridas en punto a la negativa del motivo económico válido se pone de manifiesto cuando se constata que la "verdadera finalidad" de la escisión (la venta ulterior del inmueble, según reitera la Inspección) se ha revelado como inexistente".*

*[...] [L]a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [...] demanda un examen global de la operación, sin que la posible inactividad de la sociedad escindida (confróntense los apartados 37 y 38 de la citada sentencia Foggia) o el hecho de que ésta y las que recibieron sus bienes tengan el mismo administrador, domicilio social y socios sean suficientes per se (no otra cosa se desprende al respecto del apartado 48 de la sentencia Leur-Bloem) para negar el derecho a la aplicación del régimen especial examinado, como atinadamente sostiene la Sala de instancia» (FJ 3º).*

Todavía, finalmente, pueden hallarse en la jurisprudencia del Tribunal otros elementos que apoyarían la conclusión aquí defendida, esto es, que en ausencia de artificios negociales, la no sujeción de las plusvalías no es suficiente para apreciar que la finalidad principal de la operación es de orden fiscal, y presumir de ese modo la existencia de fraude o evasión. Nos referimos a algunas sentencias que, al valorar los motivos económicos válidos de distintas operaciones, sólo rechazan su concurrencia en supuestos que evidenciaban claramente la intención de las partes de obtener, aprovechando la no sujeción de las plusvalías, otros beneficios tributarios añadidos. Así, por ejemplo, por cuanto se refiere al propósito de simplificación administrativa y reducción de costes de gestión como motivo económico válido de una fusión. Al respecto, el Tribunal Supremo ha mantenido siempre, siguiendo la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, que tales fines no son, por sí solos, suficientes para justificar la operación. Por ello, rechazó la aplicación del régimen de neutralidad en un caso de «fusión apalancada» por entender que el móvil predominante había sido generar importantes gastos financieros a efectos de reducir la carga impositiva (STS de 12-11-2012 [rec. 4299/2010, VI.8.1], FJ 4º). En cambio, admitió que las mismas razones de simplificación y reducción de costes constituían motivo económico suficiente en otra operación de fusión donde la Administración no había aportado pruebas terminantes de la concurrencia de un móvil de carácter fiscal. En este sentido, la STS de 12-12-2013 (rec. 5463/2011, VI.9.1):

*«Lo expuesto no pasa desapercibido para la sentencia impugnada al afirmar que "la absorción no ha hecho sino adaptar la forma jurídica a la realidad material subyacente". Y como el Abogado del Estado no combate el dato al que acaba de hacerse referencia y no proporciona tampoco algún otro que nos debiera conducir a conclusión diferente, es por lo que, como se ha anticipado, el motivo no se estima» (FJ 7º).*

#### **D) Recapitulación de conclusiones**

Resumiendo las conclusiones alcanzadas, lo primero que debe quedar sentado es que, de acuerdo con el Tribunal Supremo, para apreciar la existencia de *fraude o evasión*, como circunstancia excluyente del régimen de neutralidad, no es preciso que la Administración pruebe la presencia de artificio o simulación de la conducta. Basta con acreditar que la aplicación del régimen reportaría a las partes una tributación favorable, por contraste con la que se hubiera aplicado al conjunto de sus actuaciones en caso de no llevarse a cabo la reestructuración. Conviene señalar que esto supone atraer al concepto de fraude o evasión, a estos efectos, determinadas alternativas

negociales que, de no existir esta cláusula antiabuso específica, serían plenamente válidas (es decir, se trataría de auténticas «economías de opción», en la terminología generalmente aceptada), tal y como expondremos en un próximo apartado<sup>79</sup>. De algún modo podría decirse que la Ley ha querido descartar de raíz que las especiales condiciones de este régimen puedan utilizarse legítimamente con ese fin, efecto que se logra a través de la cláusula antielusiva<sup>80</sup>. De ahí que se exija en todo caso, cuando dicha ventaja fiscal existe, que la operación venga avalada por la consecución de otros fines racionalmente plausibles desde el punto de vista económico. Ahora bien, como hemos afirmado igualmente, estos fines económicos racionales deben presumirse, siempre y en todo caso, si con la operación no se han logrado más efectos fiscales que el diferimiento en la tributación de las plusvalías acumuladas en los bienes que cambian de titularidad como estricta consecuencia de la operación sujeta al régimen especial. Por lo demás, con objeto de discernir el propósito real de las partes resulta imprescindible llevar a cabo una valoración global del conjunto de las actuaciones que, antes, durante y después, hayan acompañado a la operación de reestructuración para la que se reclama la aplicación del régimen<sup>81</sup>.

- 
- (79) Así, por ejemplo, en el caso de una escisión de las distintas sucursales de una entidad para lograr que, basándose en su menor volumen individual de negocio, puedan aplicar el régimen de empresas de reducida dimensión en el IS, o de la fusión de entidades con la finalidad de aprovechar la absorbente las bases negativas de la absorbida (STS de 28-6-2012 [rec. 1259/2009], FJ 3º).
- (80) Somos conscientes de que resulta en cierto modo contradictoria con esta idea la solución de la STS de 14-10-2015 (rec. 3392/2013, VI.5.1 y VII.2.1, FJ 2º). En ella se admite el ejercicio de una «economía de opción», mediante una reestructuración societaria amparada por el régimen de neutralidad. El Tribunal rechazó en este caso la aplicación de la cláusula antielusiva, en un supuesto donde dos cónyuges habían logrado repartirse el patrimonio social de una sociedad que les pertenecía a partes iguales, mediante la liquidación de la comunidad de gananciales de manera inmediatamente posterior a una operación de escisión parcial. Quizá lo que la sentencia quiso reconocer en este caso como economía de opción fue la legítima disolución del régimen de gananciales, más que el aprovechamiento del régimen de neutralidad, aunque, como hemos dicho, la solución no deja de parecernos contradictoria con su doctrina general. No obstante, creemos que no deja de ser un caso aislado dentro del conjunto de sentencias estudiadas.
- (81) Para una propuesta sobre cómo debe desenvolverse, conforme a estas conclusiones, el esquema probatorio para la determinación del posible fraude o evasión, nos remitimos a nuestro trabajo anterior: GARCÍA BERRO, F. [«La cláusula antiabuso en el régimen de neutralidad y pautas para su aplicación tras la intervención del Tribunal Supremo», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 393 (2015), en especial págs. 25-27].



### VI.3. POSIBILIDAD DE SANCIONAR LAS ACTUACIONES CONSTITUTIVAS DE FRAUDE O EVASIÓN

Cuestión distinta, si bien directamente relacionada con las conclusiones precedentes, es la posibilidad de que, una vez fijada la concurrencia de fraude o evasión, se impongan sanciones a los sujetos pasivos implicados como consecuencia de sus actuaciones. En principio, y por lo pronto, dicha posibilidad debe razonablemente descartarse cuando, para la apreciación del fraude o la evasión, la Administración se haya apoyado en una prueba insuficiente de motivos económicos válidos por parte de los sujetos pasivos. La actuación determinante de la aplicación de la cláusula antiabuso sería en tal caso una conducta basada en la presunción que permite el precepto (interpretado conforme a la normativa de la Unión Europea), por lo que la adopción de medidas punitivas chocaría frontalmente a su vez con la presunción de inocencia vigente en los ámbitos penal y administrativo sancionador. Movido seguramente por esta consideración, el segundo párrafo de la norma interna (vigente art. 89.2 LIS) limita las consecuencias derivadas de aplicar la cláusula antielusiva a la eliminación de los efectos de la ventaja fiscal obtenida. Ahora bien, cabe preguntarse si esto significa que la conducta del sujeto no puede ser nunca objeto de una sanción. Se trata, pues, de dilucidar si, al limitar los efectos de aplicar la cláusula, el precepto en cuestión excluye cualquier otra consecuencia legal más allá de la eliminación de aquella ventaja, o por el contrario lo dispuesto en él no implica descartar que en la conducta concurren los elementos del tipo infractor (y, en particular, la culpa) determinantes de una sanción.

Al respecto, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse también en algunas ocasiones. Primero lo hizo descartando, en apariencia de modo terminante, las sanciones, ante la falta de definición suficiente del concepto de fraude o evasión. Como particularidad, la STS de 3-7-2012 (rec. 3703/2009, VI.11.1) parece partir, a tal efecto, de cierta equiparación entre el presupuesto de la cláusula antielusiva y el del fraude a la ley tributaria regulado en la LGT/1963, lo que, como hemos visto, luego se ha rechazado de manera invariable e insistente en todos los pronunciamientos posteriores del Tribunal; sin embargo, en aquel supuesto sirvió a la sentencia para reforzar su conclusión de que no procedía imponer sanción alguna:

*«Pues bien, no procede imponer sanción de ningún tipo, como mantiene la recurrente, puesto que así lo quiso el legislador en su regulación contenida en el art. 24 de la antigua Ley General Tributaria, donde prohíbe expresamente la imposición de sanciones tributarias en los supuestos de declaración de fraude de ley.»*



*Es más, conviene significar que el propio Tribunal Constitucional, en sentencia 120/2005, de 10 de Mayo, declaró que una conducta en fraude de Ley Tributaria nunca puede dar lugar a una tipicidad por ilícito, ni penal, ni administrativo, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para su declaración.*

*En consecuencia, procede establecer que en los supuestos a que se refería el art. 110.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades, la conducta no puede calificarse como infracción tributaria, por lo que no podía iniciarse expediente sancionador al respecto» (FJ 9º).*

Más recientemente, la STS de 23-2-2016 (rec. 887/2014) ha rechazado igualmente la posibilidad de sancionar, con expresa remisión a lo decidido en la sentencia anterior, aunque sin recurrir como había hecho ésta de modo explícito a igualar el presupuesto de la cláusula con el del fraude a la ley tributaria. En esta ocasión el Tribunal resalta más bien el hecho de que la cláusula antielusiva original (regulada en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre) hubiera contemplado expresamente la posibilidad de imponer sanciones, habiendo desaparecido dicha previsión expresa en versiones posteriores de la norma, lo que complicaba una cuestión ya de por sí controvertida:

*«Se trata de una cuestión controvertida, que se vio aun mas complicada, no ya solo por la falta de definición específica de los conceptos de fraude y evasión fiscal, sino por las dudas interpretativas que suscitó la redacción anterior a la modificación que sufrió por la ley 14 de 2000, de 29 de Diciembre, al contemplar un único supuesto de exclusión del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones y canje de valores, en el caso de que probara que la operación se realizó principalmente con fines de fraude o evasión fiscal» (FJ 12º).*

Frente a este rechazo, en apariencia terminante, en tiempos recientes cabe observar no obstante cierta tendencia hacia la admisibilidad de las sanciones por indebida aplicación del régimen de neutralidad, siempre que las circunstancias concurrentes así lo determinen. En estos términos viene a expresarse la STS de 16-1-2014 (rec. 390/2011), si bien la solución en el caso concreto sometido a su enjuiciamiento fue anular las sanciones impuestas:

*«Por tanto, y como se ha anunciado, el motivo se estima, sin perjuicio de ponerse de relieve que la apreciación de las circunstancias concurrentes, siempre necesaria en este tipo de controversias, de acuerdo con la doctrina del TJUE, pueda imponer solución distinta» (FJ 4º).*

La STS de 13-6-2014 (rec. 848/2012), tras reproducir literalmente el pasaje recién transcrito, vincula las circunstancias hipotéticamente determinantes de la imposición de sanciones a la posible simulación de conductas por los sujetos pasivos, lo que no se aprecia en el caso (FJ 10º).

Como las consideraciones anteriores presagiaban, quedaba un último paso del Tribunal en esta evolución, convalidando abiertamente la imposi-

ción de sanciones concretas por el ilícito aprovechamiento de las ventajas que proporciona el régimen de neutralidad. Exponente de esta culminación fue la STS de 23-5-2016 (rec. 4133/2014, VI.12.2), que respaldó una sanción basada en el disfrute improcedente del régimen de neutralidad, apreciando en particular que el acuerdo sancionador había cumplido todas las exigencias de motivación de la culpabilidad. Finalmente, en la STS de 13-12-2016 (rec. 2211/2015), el Tribunal Supremo niega que su doctrina previa, contraria a la imposición de sanciones, sea aplicable en todos los casos de utilización indebida del citado régimen, afirmando la posibilidad de sancionar siempre que las circunstancias lo justifiquen, tal como ocurría, según el criterio de la Sala, en el caso enjuiciado, al haberse apreciado la existencia de simulación:

*«Ante estas circunstancias, que llevan a la Inspección a considerar que se estaba ante un supuesto de simulación relativa, no resultaba automática la aplicación de la doctrina jurisprudencial que tiene en cuenta la Sala de instancia, como vino a reconocer la propia sentencia de 16 de enero de 2014, al precisar no obstante la estimación del motivo, siguiendo la doctrina expuesta en la sentencia de 3 de julio de 2012, que afectaba a una operación de escisión parcial, que todo ello era sin perjuicio de "que la apreciación de las circunstancias concurrentes, siempre necesaria en este tipo de controversias, de acuerdo con la doctrina del TJUE, pueda imponer solución distinta".*

*Todo ello explica que en la reciente sentencia de 23 de mayo de 2016, la Sala estimase el recurso de casación 4133/2014, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 20 de noviembre de 2014, confirmando la imposición de sanción en relación con una liquidación del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2005, por una operación de aportación no dineraria de activos con deudas no expresamente contraídas para financiar la adquisición o funcionamiento de los bienes transmitidos, al considerarse que no tenía amparo en el régimen de diferimiento contemplado en el capítulo VIII del título VIII del Texto Refundido del Impuesto, no habiéndose realizado, por otra parte, por motivos económicos válidos» (FJ 5º).*

No debe obviarse la existencia de un voto particular a esta última sentencia, en el que se ponen de relieve tres razones para discrepar de la solución sancionadora: la jurisprudencia previa del Tribunal contraria a las sanciones en estos casos; el hecho de que cualquier cambio de dicha doctrina en esta materia afecte al ejercicio de una potestad, como la sancionadora, de carácter excepcional; y el desacuerdo con la existencia de la pretendida simulación en el supuesto controvertido. Más tarde, no obstante, la STS de 31-1-2017 (rec. 3565/2015, FJ 4º) reitera de modo explícito la posibilidad de sancionar en estos casos, si bien en el supuesto concreto enjuiciado el Tribunal estima que el acuerdo sancionador adolecía de insuficiente motivación.

El hecho incontestable, a fin de cuentas, es que existe una línea reciente, representada por las últimas sentencias aludidas, por la que se introduce un

elemento añadido de incertidumbre preocupante para todos los sujetos pasivos que pretendan abordar operaciones de reestructuración, habida cuenta del apoyo que en ellas se busca en el concepto de simulación para justificar la imposición de sanciones, lo que se suma a la discutible delimitación de las conductas simuladas de acuerdo con la doctrina previa del Tribunal, según venimos criticando a lo largo de este trabajo.

## VII. LA OPCIÓN LEGÍTIMA POR LA ALTERNATIVA FISCALMENTE MÁS FAVORABLE (*ECONOMÍAS DE OPCIÓN*)

Como contrapunto de las conductas orientadas a reducir el gravamen por medios ilícitos, se sitúan aquellas actuaciones que, mediante una recta utilización de las opciones negociales permitidas por el ordenamiento, dan como resultado un ahorro tributario. Se trata de las comúnmente denominadas «economías de opción». Afrontamos su caracterización a partir de un ramillete de pronunciamientos donde, para rechazar las ventajas fiscales pretendidas por las partes, el Tribunal reflexiona sobre los elementos que hubieran permitido apreciar la legalidad de su actuación.

Antes, conviene comenzar recordando cómo la STS de 22-6-2016 (rec. 2218/2015, III.1.7 y VII.1.1) se hace eco de los distintos significados que puede encerrar el término «economía de opción»:

*«La economía de opción tiene diversos significados. El que configura su noción clásica como "ofrecimiento explícito de fórmulas jurídicas igualmente válidas", comprensivo de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico ofrece al sujeto pasivo diversas alternativas, con la razonable suposición de que elegirá la de menor coste tributario, sin que ello suponga la realización de maniobras de elusión o abuso de la posibilidad de conformación jurídica. El que se identifica con las llamadas "opciones fiscales" que suponen un derecho concedido por la ley fiscal al contribuyente, colocado en una determinada situación jurídica en relación con el impuesto, para ejercer libremente una opción que influye en la configuración del régimen jurídico. Y, en fin, el que se refiere a los supuestos en los que las alternativas aparecen, incluso, de modo implícito en la norma» (FJ 7º).*

De las tres posibilidades que contempla el pasaje transcrito, interesa aquí centrarse en la tercera de ellas, es decir, la que se podría denominar como «economía de opción implícita», pues se trata de la modalidad que puede plantear auténticas dudas en cuanto a su legitimidad, dada la cercanía de sus perfiles a los del fraude de ley y, por extensión, a los del conflicto en la aplicación de la norma. Empleando palabras del Tribunal, nos hallaríamos ante «un supuesto en el que el orden jurídico permita al contribuyente distintas posibilidades de actuación a las que podría acomodar la suya propia en fun-

ción de sus particulares intereses y expectativas» (SSTS de 22-3-2012 [rec. 2293/2008, III.1.11 y VII.1.2, FJ 5º], de 12-7-2012 [rec. 2038/2009, III.1.3, FJ 4º] y de 13-9-2012 [rec. 2879/2010, VII.3.1, FJ 4º]).

Al respecto, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala 3ª, creemos que se puede considerar legítima, con carácter general, la conducta de quien celebra un negocio distinto del pretendido inicialmente (o se decide a concluir un negocio que no tenía previsto realizar), siempre que su actuación ponga de manifiesto que se han asumido los efectos materiales, civiles y mercantiles, propios del negocio realizado. Debe distinguirse esta hipótesis, por tanto, del caso de quien celebra un negocio, diverso del que el ordenamiento contempla para constituir la realidad jurídico material pretendida, y fiscalmente más favorable que éste, pero lo organiza de modo que produzca los resultados correspondientes al negocio inicialmente programado, minimizando con su actuación los efectos naturales de la forma jurídica utilizada. Estas diferencias entre ambas modalidades de conducta son expuestas por la STS de 18-3-2013 (rec. 392/2011, V.1.7 y VII.1.3):

*«En efecto, no cabe confundir la conducta de quien, para capear una carga fiscal, ejecuta, en el ejercicio legítimo de su libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), un negocio distinto del pretendido, obteniendo los efectos civiles y mercantiles propios del realmente realizado y no los del inicialmente programado, con la situación de quien con idéntica mira lleva a cabo la operación tributariamente más beneficiosa, pero la organiza de modo que (por fraude, simulación u otro artificio) las consecuencias para su patrimonio en el orden civil y mercantil sean las que corresponderían a la opción inicial, fiscalmente más onerosa. La “economía de opción” no ampara tal clase de comportamientos [sentencia de 5 de julio de 2010 (casación 373/07, FJ 4º)]» (FJ 2º).*

En el sentido indicado parece apuntar la STS de 18-6-2015 (rec. 1517/2013, III.1.8 y VII.1.4), al reconocer que el sujeto pasivo había hecho uso de una alternativa negocial legítima para lograr los resultados perseguidos, pues si bien la opción más sencilla para transferir la titularidad de un terreno hubiera sido su transmisión directa al adquirente por la entidad propietaria del mismo, nada impedía que la operación se instrumentase mediante la transmisión por el único socio de dicha entidad de la totalidad de su participación social al adquirente. No es óbice a ello el hecho de que, en el caso en cuestión, el Tribunal rechazara luego las actuaciones previas y posteriores, de constitución de una sociedad transparente para que actuase como compradora formal, y de disolución inmediata de la entidad titular del terreno después de haber sido adquirida, operaciones carentes de sustancia jurídica material y realizadas con el único fin de evitar la tributación de la plusvalía acumulada en el terreno:

*«Por ello, y aún partiendo de la exposición de la recurrente, que prefiere mantener la opinión de que la venta de las acciones de [...] por parte del Sr. (...) fue la forma de transmisión impuesta por éste, ha de mantenerse que el empleo de la misma para llegar a la finalidad perseguida entra dentro del ámbito de la economía de opción, pues se trata de una de las alternativas legítimas que el ordenamiento jurídico ponía a disposición de las partes.*

*En cambio, lo que ya no es economía de opción es el proceso de "rodeo" o "contorneo" (expresión del Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo) seguido por la recurrente y demás entidades compradoras para evitar el inconveniente de hacer frente a la plusvalía del solar, declarada por [...] con ocasión de su liquidación y disolución (artículo 15.3 de la LIS, al que antes no hemos referido)» (FJ 6º).*

En una línea similar, la STS de 20-9-2012 (rec. 6231/2009, III.1.10 y VII.1.5, FJ 8º) reconoce que la donación de una importante suma a la sociedad participada por los hijos de los donantes constituía una alternativa legítima frente a la donación directa a éstos. Consideración que no debe verse empañada por el hecho de que en aquel caso concreto se estimase inadmisibles las pretensiones de las partes de eludir además cualquier tributación, mediante el acompañamiento de la operación de un conjunto de negocios jurídica y económicamente inoperantes.

De la jurisprudencia objeto de análisis se deduce por tanto, a nuestro modo de ver, que los negocios celebrados pueden perseguir de manera legítima la obtención de una ventaja tributaria ("capear la carga fiscal", en palabras de la STS de 18-3-2013 [rec. 392/2011, V.1.7 y VII.1.3]), incluso como propósito principal, sin que ello nos sitúe de manera necesaria ante una conducta artificiosa. Basta con que la actuación de las partes no suponga el rechazo, la anulación, o la neutralización, de los efectos naturales de la operación llevada a cabo. Es cierto que la STS de 13-9-2012 (rec. 2879/2010, VII.3.1), que cita en este punto la de 29-3-2010 (rec. 7552/2005), asocia la legitimidad de la conducta al hecho de que con ella no se persiga de modo exclusivo como finalidad reducir el gravamen<sup>82</sup>:

*«El uso legítimo de la economía de opción tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca» (FJ 4º).*

Ahora bien, por determinante que para la conclusión de un negocio sea el propósito de obtener un ahorro fiscal, entendemos que nunca podrá afir-

---

(82) Como ya vimos, se suele proclamar de manera más o menos retórica que la economía de opción termina allí mismo donde comienza el fraude de ley o, en la actualidad, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Así, las SSTS de 23-2-2012 (rec. 821/2008, III.1.2, FJ 4º) y de 22-6-2016 (rec. 2218/2015, III.1.7 y VII.1.1, FJ 7.B).

marse que se trata de la exclusiva finalidad de la operación si ésta surte los efectos naturales de la modalidad negocial elegida, sin que sea necesario justificar de ninguna otra forma su lógica económica o la presencia de motivos económicos válidos. Dicho de otro modo, si se cumplen los efectos propios de la forma jurídica empleada, la actuación debe considerarse ajustada a derecho, con independencia de cuáles hayan sido los móviles subjetivos determinantes de la contratación (incluyendo si el único móvil es el ahorro de impuestos). Naturalmente, esta afirmación general decae cuando la propia normativa reguladora de un determinado régimen excluye de forma expresa su aplicación a operaciones que persigan exclusiva o principalmente una finalidad fiscal. Tal y como se ha visto en el anterior apartado, esto es lo que sucedería, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, en las operaciones susceptibles de acogerse al régimen de neutralidad. Pero fuera de tales casos, según el propio Tribunal ha proclamado claramente en diversas ocasiones, es absolutamente legítimo que, de entre las distintas posibilidades de configurar un negocio, las partes opten por la alternativa fiscalmente más favorable. Así, por ejemplo, en la STS de 14-10-2015 (rec. 3392/2013, VI.5.1) leemos:

*«Como se ha resaltado en otras ocasiones por este Tribunal, resulta absolutamente legítima la economía de opción como ejercicio de las libertades fundamentales que se manifiesta en que los contribuyentes puedan optar por organizar sus operaciones de la forma más ventajosa fiscalmente; y que en el caso que nos ocupa se concretaría en que la operación llevada a cabo se ha realizado por un motivo económico válido» (FJ 2º).*

Por otro lado, como ha señalado la STS de 22-6-2016 (rec. 2218/2015, III.1.7 y VII.1.1), que ilustra de forma especialmente clara las diferencias entre la «economía de opción» y las operaciones artificiosas constitutivas de fraude de ley o de conflicto en la aplicación de la norma, «[c]onseguir una ventaja fiscal constituye un fin que no es jurídicamente objetable, salvo que se convierta en la única causa del negocio jurídico celebrado» (FJ 7º.B).

En resumidas cuentas, a nuestro modo de ver nos hallaremos ante el ejercicio de una opción legítima, excluyente del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, siempre que los actos o negocios celebrados se ajusten a la función natural que el ordenamiento les atribuye (esto es, se correspondan con la *causa* del negocio), aunque se obtenga con ellos una ventaja tributaria, incluso cuando ésta sea la finalidad primordial perseguida por las partes. Pensamos que la jurisprudencia expuesta avala esta conclusión, si bien no faltan pronunciamientos que impiden afirmar la inexistencia de fisuras en el parecer del Tribunal al respecto. La STS de 22-12-2016 (rec. 3421/2015, III.2.1) parece exigir, por ejemplo, que la operativa negocial esté

justificada en razones de eficiencia o de lógica económica, distintas del mero ahorro impositivo, para poder afirmar su legitimidad:

*«En resumen, cuando todas estas operaciones, en su conjunto consideradas, no responden a una lógica empresarial pues la compleja operativa se revela innecesaria y contraria a la eficiencia económica, de modo que no se habría llevado a cabo de no ser por la ventaja fiscal, la finalidad elusoria resulta evidente, pudiendo tenerse por probada la existencia de un propósito elusorio del impuesto» (FJ 4º).*

En un sentido similar parecen alinearse las SSTS de 19-7-2016 (rec. 2553/2015, III.2.2) y de 12-2-2015 (rec. 184/2014, III.2.3). Por el contrario, en la línea más favorable a reconocer la legitimidad de la opción, sin necesidad de que las partes deban probar la existencia de motivos económicos válidos, se sitúan claramente las SSTS de 20-5-2016 (rec. 2945/2014, III.3.1) y de 26-2-2015 (rec. 4072/2013, III.3.2) [véase el anterior epígrafe III.4 de esta Segunda Parte]. En todo caso, aunque consideramos más acertado este último planteamiento, la diversidad de criterios jurisprudenciales impide anticipar con un mínimo de certidumbre cuál será la respuesta futura ante una concreta situación. No es preciso dar muchas explicaciones para entender el perjuicio que con ello nuevamente se constata a las exigencias constitucionales de seguridad jurídica, y su derivada, la legítima aspiración de certeza de los operadores económicos.



## **RECAPITULACIÓN: BREVE CATÁLOGO DE OPERACIONES Y SU PREVISIBLE CALIFICACIÓN A LA VISTA DE LA JURISPRUDENCIA**

### **NOTA EXPLICATIVA**

La jurisprudencia objeto de análisis a lo largo de las páginas precedentes da como resultado, según vemos, un escenario incierto, a cuya vista es difícil establecer modelos generales de conducta y predecir las consecuencias indubitables que su realización llevará asociada de acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo. A la pluralidad de fórmulas de actuación de los particulares, en función de los fines negociales o empresariales perseguidos en cada caso, se suma la indefinición que, después de años de decisiones, sigue el Tribunal manifestando, cuando no reconociendo de modo explícito, sobre el contenido específico de las distintas conductas, sus diferencias conceptuales e incluso sobre las consecuencias asociadas a cada tipo de actuación. Con todo, creemos que puede ser de utilidad recapitular acerca de los casos más representativos que se han sometido al criterio de la Sala 3ª, con el fin de ofrecer un breve catálogo orientativo de situaciones, reseñando las distintas soluciones adoptadas frente a ellas, y apuntando los matices que a nuestro juicio pueden explicar que en algún caso se hayan resuelto de conformidad con criterios en apariencia contradictorios.

Con el propósito expuesto se han seleccionado seis grupos de conductas dotadas de cierta homogeneidad, si bien se ha de insistir en que las soluciones aplicadas para despejar su modo de tributación no siempre muestran el mínimo grado de uniformidad que sería deseable:

- Operativas negociales que implican la constitución de sociedades con un papel instrumental (sociedades pantalla).
- Colocación de bienes en el patrimonio de sociedades con la finalidad de reducir o evitar el gravamen conjunto correspondiente a su transmisión directa.
- Operaciones societarias diversas (ampliación o reducción de capital, distribución de reservas, transmisión de derechos preferentes, etc.) orientadas a evitar la tributación del reparto de beneficios o de la obtención de plusvalías.
- Transmisión de participaciones sociales con carácter previo al reparto de dividendos.

- Adquisición de empresas del grupo financiada mediante aplazamientos o préstamos generadores de gastos financieros.
- Reestructuraciones societarias y motivos económicos válidos.

## I. OPERATIVAS NEGOCIALES CON SOCIEDADES INSTRUMENTALES

El primero de los grupos a que hacemos referencia viene integrado por una serie de supuestos cuyo denominador común es la utilización de una entidad instrumental como sujeto de determinadas operaciones, para propiciar un ahorro en el gravamen final aplicable al conjunto negocial. Dicha entidad puede haberse constituido ex professo, al servicio de los fines elusivos, o bien existir con carácter previo (normalmente se trataría en tal caso de una filial de alguno de los sujetos implicados), pero su intervención en el entramado carecería de sustrato operativo (no existirían, por así decirlo, razones económicas, distintas de las estrictamente fiscales, que justificasen su presencia en la operación). Frente a este tipo de construcciones, el examen de las resoluciones analizadas permite concluir que el Tribunal Supremo se inclina por respaldar el carácter simulado de la conducta, confirmando normalmente el criterio en tal sentido aplicado por la Administración tributaria. Como hemos visto, son exponentes de esta línea, en primer lugar, las SSTS de 27-11-2015 (rec. 3346/2014, V.1.9), de 29-10-2012 (rec. 3781/2009, V.1.3) y de 24-2-2016 (rec. 4044/2014, V.1.10)<sup>83</sup>.

En la primera de las citadas, se había considerado por la Administración que existía simulación en el conjunto de transacciones dirigidas a la intervención de una filial residente en Hungría, con objeto de que formalmente fuera ésta, en lugar de su matriz irlandesa, la cedente de unos bienes arrendados a empresas residentes en España (lo que suponía aplicar a las rentas un régimen ventajoso en el IRNR, derivado del CDI con Hungría). El Tribunal Supremo, apelando a su conocida (y aquí criticada) doctrina sobre simulación de la causa, suscribe como ya vimos el criterio administrativo (que también había sido respaldado por la Audiencia Nacional):

---

(83) Seleccionamos sólo una muestra representativa, aunque en sentido similar pueden citarse asimismo las SSTS de 28-3-2012 (rec. 3797/2008, V.1.8), de 22-3-2012 (re. 3786/2008), la de 4-3-2015 (4061/2012) y varias otras de 24-2-2016 (rec. 3819/2013, rec. 3908/2013, rec. 349/2014, rec. 948/2014, rec. 3976/2014 y 4134/2014), referidas todas éstas a un mismo caso.

*«La tesis de la recurrente no puede compartirse porque la sentencia impugnada describe unos hechos que, interpretados en su conjunto y de acuerdo con la lógica, pueden llevar a la conclusión de la Sala de instancia al remitirse a la resolución del TEAC entendiendo que la finalidad última y disimulada de las operaciones llevadas a cabo por el grupo era la de sustraer a la tributación por el IRNR las rentas obtenidas por el arrendamiento de los equipos informáticos a las entidades españolas por la entidad (...) mediante la introducción en el círculo económico de una tercera entidad residente en Hungría (...) que no era sino una sociedad interpuesta» (FJ 6º).*

Una conclusión similar alcanzó el Tribunal en la STS de 29-10-2012 (rec. 3781/2009, V.1.3). En este caso se apreció el carácter instrumental de una entidad de cartera, que había sido expresamente constituida por una persona física para colocar en ella las participaciones correspondientes a varias entidades operativas de las que era titular. Se entendió asimismo que dos sociedades de inversión mobiliaria preexistentes (pertenecientes al mismo sujeto), que habían adquirido finalmente las participaciones de la sociedad de cartera, intervinieron sólo con la exclusiva función de aprovechar las ventajas tributarias propias de su régimen fiscal:

*«No mejor suerte ha de seguir el motivo que niega la existencia de simulación, toda vez que la Sala considera que existen indicios suficientes para concluir que todo el complejo negocial realizado ocultaba, de un lado, una verdadera transmisión de las acciones (...), y de otro, la imputación de rendimientos de capital mobiliario (...) desviados a sociedades de inversión mobiliaria, tributando de forma reducida.*

*(...) Todos estos hechos, apreciados en su conjunto, nos lleva a la figura de la simulación que apreció la Inspección y confirma el TEAC, ya que el recurrente realizó una serie de negocios, que no respondían a la realidad típica que les justifica, utilizando a la (...) [sociedad de cartera] como pantalla, al hacerla aparecer como titular de rendimientos y derechos cuando el titular real era D. (...), siendo éste quien vende a aquélla los derechos de suscripción preferente, para permitirle perfeccionar con posterioridad la suscripción de las nuevas acciones, lo que hace posible luego la venta de las mismas a la entidad inglesa por (...) [sociedad de cartera] y el posterior desvío de los rendimientos a otras sociedades de inversión mobiliaria, también instrumentales y controladas por el recurrente» (FJ 7º).*

En el caso juzgado por la STS de 24-2-2016 (rec. 4044/2014, V.1.10), y que dio lugar también a otras varias decisiones idénticas del Tribunal en la misma fecha, el carácter simulado se situó en la constitución de una sociedad que carecía absolutamente de sustancia operativa, y cuya única función había sido adquirir las participaciones de sus socios en otra sociedad (con una importante plusvalía acumulada), dando así lugar a un reparto encubierto de beneficios, financiándose además la adquisición con un préstamo que generaba, de paso, importantes gastos financieros deducibles. Ciertamente, no se debe obviar que esta sentencia fue objeto como vimos de dos votos particulares [véase el apartado V.2.C) de la Segunda Parte], el primero rechazando la construcción argumental que había conducido a la Sala a apreciar en el caso la

existencia de simulación, y el segundo cuestionando que los sujetos pasivos ostentasen sobre la operación un control suficiente como para considerar que habían podido simularla. Pero la decisión final del Tribunal, en todo caso, fue estimar que la operativa comercial implicaba la existencia de una actuación simulada, atendiendo en particular a la presencia de una sociedad instrumental sin otra función que lograr un trato fiscal más favorable.

En sentido similar, la constitución de sociedades con una exclusiva finalidad instrumental, absolutamente carentes de sustancia operativa, determinó la apreciación de simulación por las SSTs de 22-6-2015 (rec. 2496/2014, V.1.1) y de 22-6-2016 (rec. 3176/2014, V.1.2). En el primer caso, el sujeto pasivo había constituido una entidad inactiva, con objeto de situar en ella el importe percibido por la transmisión de elementos del inmovilizado y aplicar de ese modo los beneficios por reinversión entonces vigentes. La Inspección evidenció, sin embargo, que los fondos invertidos en la entidad no se habían destinado al ejercicio de actividades económicas, sino a constituir depósitos a plazo. La otra sentencia mencionada considera que existe simulación en la constitución de una sociedad, con el sólo fin de interponerla para evitar la aportación directa, a una tercera, de terrenos afectos como existencias de una actividad de promoción inmobiliaria. Mientras que las rentas derivadas de una aportación de existencias no hubieran podido aprovechar el beneficio fiscal por reinversión, en cambio una vez «transmutada» la naturaleza de los terrenos (mediante su aportación a la sociedad interpuesta) en una participación social integrante del inmovilizado, la renta derivada de la enajenación ulterior de dicha participación sí permitía supuestamente el aprovechamiento de aquel beneficio.

En relación con el carácter simulado de las operativas comerciales mediante entidades interpuestas conviene hacer constar, por último, que la decisión pendiente del Tribunal en el recurso admitido a trámite por el ATS de 20-11-2017 (rec. 3130/2017), varias veces citado con anterioridad, tiene por objeto precisamente un supuesto en el que la SAN de 15-3-2017 (rec. 478/2015) había confirmado el carácter simulado de la conducta de un profesional, por efectuar la facturación de su actividad mediante la interposición de una sociedad instrumental. La sentencia decidió, en cambio, anular las sanciones impuestas, debido a la ausencia del elemento subjetivo, lo que motivó un recurso de la Administración que, como se ha indicado aquí varias veces, tiene por objeto que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la pretendida conexión inexorable entre simulación y culpa.

En todos los supuestos mencionados, como casi siempre que la jurisprudencia de la Sala 3ª respalda la simulación, su decisión se basa en la ya conocida construcción teórica de la simulación de la causa del negocio. Los reparos que dicha doctrina plantea, y que hemos tenido oportunidad de argumentar por extenso (véase apartado V.2 de la Segunda Parte de este trabajo), no impiden que por el momento la reacción previsible de la Administración ante este tipo de operativas negociales sea declarar su carácter simulado, y la no menos previsible solución del Tribunal Supremo, llegado el caso, confirmar el criterio administrativo.

## **II. TRANSMISIÓN DE BIENES MEDIANTE SU COLOCACIÓN PREVIA EN SOCIEDADES**

Estrechamente emparentados con los supuestos aludidos en el apartado anterior, hasta el punto de que alguno de ellos podría adscribirse a cualquiera de ambos grupos, se encuentran los que implican la utilización de una sociedad para la colocación en ella de unos bienes pertenecientes a sus socios, con carácter previo a su transmisión, a fin de aprovechar un régimen fiscal ventajoso, sin que exista en apariencia ninguna otra razón jurídica o económica que explique la actuación de las partes. Las numerosas variantes que este tipo de actuaciones presenta en la práctica, hacen que en ocasiones se entremezclen en la operación elementos propios de otras operativas que aquí contemplamos de forma separada. Las coincidencias se dan no sólo con el tipo de fórmula que hemos considerado en el apartado anterior (uso de sociedades instrumentales), sino también muchas veces con las modalidades a las que se hará referencia a continuación (se combinan a veces con diferentes operativas societarias, y en particular con operaciones de reestructuración supuestamente acogidas al régimen de neutralidad).

Por la razón expuesta, en este apartado nos limitaremos a hacer constar el tratamiento que el Tribunal reputa idóneo cuando la operación descrita se lleva a cabo de manera más o menos aislada, cumpliendo por sí sola los fines elusivos de las partes sin necesidad de complementos relevantes de carácter negocial. Como puede comprobarse, todos los casos seleccionados, salvo uno, implican la intervención de sociedades sujetas al régimen de transparencia fiscal, sea por la utilización de entidades que ya venían tributando conforme al citado régimen, o bien mediante la constitución expresa de entidades sometidas al mismo, o forzando la conversión en

transparentes de sociedades que no lo eran. La desaparición de la normativa reguladora de este régimen especial hace que en la actualidad no puedan reproducirse situaciones idénticas; sin embargo, las soluciones jurisprudenciales mantienen todo el interés como referente en el intento de perfilar patrones de respuesta del Tribunal ante conductas similares orientadas a aprovechar aspectos varios de la regulación vigente. Aunque sólo sea para constatar las dificultades de llevar el esfuerzo a término con éxito, ante la ausencia de uniformidad en las soluciones aplicadas.

Resulta, en efecto, llamativa en este punto la divergencia de criterio del Tribunal, que unas veces respalda la calificación de estos supuestos como simulación, y en otras ocasiones sin embargo aprecia en la conducta los rasgos característicos del fraude a la ley tributaria. Representativa de la primera línea de soluciones (simulación) es la STS de 3-5-2012 (rec. 73/2008), donde se enjuician los efectos de una transmisión de participaciones, que habían sido previamente transferidas por su titular a la vendedora, sociedad en régimen de transparencia controlada de forma indirecta por el mismo sujeto y directamente por una entidad residente en los Países Bajos. El objetivo era obviamente aprovechar la fiscalidad especialmente favorable de esta última en virtud del CDI correspondiente. A la vista de esta operativa, el Tribunal afirma:

*«Ha quedado demostrado la existencia de la simulación, pues la interposición de aquella sociedad, es puramente aparente y no se basa en la voluntad real de las partes de realizar una aportación no dineraria a la misma, sino que lo realmente realizado es una operación de venta directa (...), evitando el coste fiscal que la misma comportaría.*

*(...) Los datos de que se parten para obtener esta conclusión están plenamente contrastados en las actuaciones y se indican en la sentencia de forma clara (...).*

*(...) Siendo, por tanto, un negocio simulado, no puede hablarse, como pretende la recurrente, de fraude de ley, pues los hechos de la operación no son auténticamente reales y ya se ha dicho que son una mera apariencia de lo verdaderamente ejecutado (...).» (FJ 3º).*

La misma sentencia añade la pertinencia de las sanciones impuestas, al tratarse de un supuesto de simulación por haberse apreciado la ocultación de la «verdadera causa»:

*«[L]a norma es clara, la voluntad de eludir el impuesto es patente, al realizar la operación a través de persona interpuesta, sin que hubiese una intención de declarar la verdadera causa, la que se ocultó mediante una compleja operación» (FJ 3º).*

Una lógica similar aplica por su parte la STS de 18-3-2013 (rec. 392/2011, V.1.7), frente a una transmisión por personas físicas de sus participaciones en una sociedad transparente, con carácter previo a la enajenación (ya acordada)

de un terreno por ésta, con objeto de dulcificar la tributación de la correspondiente plusvalía (que al materializarse en las participaciones pertenecientes a las personas físicas se reducía mediante coeficientes de abatimiento, además de trasladarse a la base imponible especial, gravada a un tipo reducido, así como de diferir su tributación mediante el aplazamiento del precio satisfecho por la entidad adquirente de las participaciones, también controlada por los mismos socios y administradores). La sentencia prescinde de alardes argumentales para sustentar el carácter simulado de la operación, y hace descansar toda la responsabilidad de esa calificación en la sentencia de instancia, limitándose a hacer constar al respecto que la simulación «es un hecho cuya prueba corresponde a la parte que la afirma y en cuanto hecho pertenece al ámbito de la exclusiva potestad de los jueces de la instancia para decantar la realidad que se encuentra en la base del litigio» (FJ 2º).

Tal vez sea esta última proclamación de la sentencia transcrita, que ante un razonamiento formalmente correcto del órgano de instancia se inhibe de entrar en el fondo (al entender que la cuestión pertenece al ámbito estrictamente valorativo de la prueba), lo que explica que la solución amparada por el Tribunal, ante otras hipótesis aparentemente muy similares, sea notablemente discrepante. Así, por ejemplo, la STS de 22-6-2016 (rec. 2218/2015, III.1.7 y VII.1.1) se limitó a razonar que en el supuesto enjuiciado, muy similar al que se acaba de describir, concurrían todos los elementos del fraude de ley, que era el cauce que en este caso había empleado la Inspección para reconducir la tributación. La situación juzgada, sin embargo, no presentaba a nuestro juicio diferencias sustanciales con el caso anterior, al menos por lo que se refiere a los elementos determinantes de la conducta elusiva. Se trataba aquí de la transmisión de sus participaciones por la persona física socia de una entidad transparente a otra entidad de la que también aquélla era titular. Dado que la transparente iba a enajenar de manera inminente un terreno de su propiedad (operación que estaba ya comprometida con carácter previo), produciendo una importante plusvalía, se pretendía con la venta previa de las participaciones evitar la tributación, pues la renta generada por esta operación en el IRPF de la socia (dado que las participaciones llevaban implícitamente incorporada la plusvalía del terreno) no tributaba debido al efecto de los coeficientes de abatimiento. Se acompañaba además la operación de un elemento elusivo adicional, pues, aprovechando esta última circunstancia (coeficientes de abatimiento) las participaciones se habían vendido por un importe notablemente superior a



su valor de mercado, con objeto de generar una pérdida en la sociedad adquirente de las mismas, mediante la disolución posterior de la transparente.

Este último no es el único ejemplo que podemos encontrar donde se acepta la calificación como fraude a la ley tributaria de una operación similar (transmisión indirecta de un bien mediante su colocación previa en una sociedad perteneciente en sustancia al mismo titular). En la STS de 22-3-2012 (rec. 2293/2008, III.1.11) el Tribunal se enfrentaba a la constitución de una sociedad transparente, con aportación por los socios personas físicas de sus participaciones en una sociedad preexistente (no tributando la plusvalía obtenida, por efecto, también aquí, de los coeficientes de abatimiento), y transmisión inmediata por la transparente de las participaciones recibidas a un tercero. Se sumaba también en este caso un elemento elusivo añadido semejante, pues las participaciones aportadas habían sido sobrevaloradas al constituirse la sociedad transparente, por lo que ésta obtuvo adicionalmente una pérdida a consecuencia de su transmisión. Sin embargo, la Administración y el Tribunal Supremo apreciaron en la conducta, tanto en este caso como en el anterior, los caracteres propios del fraude de ley, y no los de la simulación.

Algo similar cabe decir, por último, de la STS de 9-2-2012 (rec. 2536/2007, III.1.12), en la que se califica como fraude de ley una operación en esencia similar a las anteriores. Se trataba en este caso de un sujeto pasivo del IS, que había realizado sendas aportaciones no dinerarias de acciones a dos sociedades con pérdidas pendientes de compensación y controladas por él mismo (sin coste fiscal alguno para el aportante, debido a las normas valorativas entonces en vigor). De esa forma pretendía que, al transmitirse de manera inmediata las acciones recibidas por las entidades receptoras, la plusvalía acumulada en ellas no llegase a tributar, aprovechando su compensación con las pérdidas pendientes. La única diferencia en este caso, que a nuestro juicio no influye en la apreciación de los aspectos esenciales de la conducta elusiva, es que la operación no se apoya en el régimen de transparencia, sino en la aplicación de unas normas valorativas que permitían aportar los bienes sin coste fiscal alguno a sociedades en pérdidas.

En resumidas cuentas, el tipo de operación descrito, donde se utiliza una sociedad para colocar en ella unos bienes antes de su transmisión a un tercero, con el fin de lograr una reducción del gravamen en su conjunto, parecen calificarse indistintamente, primero por la Administración y luego por la jurisprudencia, como simulación o como fraude a la ley (conflicto en la

aplicación de la norma, bajo la normativa vigente). Sin embargo, dadas las considerables diferencias que existen entre las consecuencias de uno y otro tipo de conducta (con o sin especiales garantías procedimentales, y con o sin limitaciones específicas a la adopción de medidas punitivas), resulta evidente el perjuicio que con esta indefinición se causa a la seguridad jurídica de los obligados tributarios. Con todo, el hecho no parece suscitar una especial preocupación en el Tribunal Supremo, que, una vez apreciada la simulación por la Administración y por el Tribunal de instancia, suele omitir pronunciarse al respecto arguyendo que el problema se circunscribe al ámbito de la valoración de la prueba, cuestión que en principio escapa a su competencia en vía de casación.

### **III. OPERACIONES SOCIETARIAS DIVERSAS PARA EVITAR LA TRIBUTACIÓN DEL REPARTO DE BENEFICIOS O DE LA OBTENCIÓN DE PLUSVALÍAS**

Consideración aparte hemos reservado para un conjunto de casos que implican toda la concatenación de operaciones relativas al capital social de entidades, con el resultado de una reducción impositiva para las partes. Entre ellos cabe mencionar en primer lugar dos operaciones clásicas con las que se intentan aprovechar las posibilidades que brindaba la operativa societaria a fin de transmitir de manera indirecta empresas con importantes plusvalías acumuladas, o bien de repartir beneficios evitando la distribución directa de dividendos. Como en casos anteriores, nos hallamos por lo general ante actuaciones que no podrían lograr idénticas ventajas fiscales en la actualidad, por haberse modificado las normas tributarias precisamente para salir al paso de este tipo de prácticas elusivas. Sin embargo, por las razones señaladas en el apartado anterior, su observación puede ser útil para un mejor conocimiento (hasta donde resulta posible) de las tendencias en las soluciones del Tribunal Supremo ante posibles operaciones similares.

El primero de los dos casos aludidos se resuelve por la STS de 2-2-2012 (rec. 430/2008, III.1.1). La operativa societaria puesta en práctica por las partes, muy sucintamente expuesta, había consistido en la reducción del capital de una sociedad en más de un 99 por 100 (mediante disminución del nominal de todas las acciones), incrementando de manera correlativa las reservas de libre disposición, seguida de una ampliación subsiguiente con cargo a dichas reservas, en la misma fecha y por una cifra idéntica a la de

la reducción previa, emitiéndose a tal objeto acciones nuevas liberadas casi en su totalidad (representativas de más del 99 por 100 de la nueva cifra de capital). De esta manera pudo uno de los socios transmitir una participación significativa cercana a un tercio en la entidad, mediante la transmisión de sus derechos de suscripción preferente, sin que la importante plusvalía acumulada tributase, aprovechando a tal efecto la regulación aplicable entonces a la enajenación de derechos de suscripción. El Tribunal Supremo califica la conducta como fraude a la ley tributaria, convalidando de esta forma el criterio mantenido por la Administración en vía comprobatoria<sup>84</sup>:

*«De esta forma, se utilizó la clásica operación de ampliación y reducción simultánea de capital, no como forma de atraer nuevos socios u obtener financiación, sino como medio de eludir la aplicación de la norma que gravaba la transmisión de acciones como incremento patrimonial (norma defraudada) mediante el traspaso del valor de la empresa a los derechos de suscripción, cuya enajenación no estaba sujeta a IRPF (norma de cobertura)» (FJ 6º).*

También orientada a la producción de resultados tributarios favorables aparecía la operativa societaria enjuiciada por la STS de 23-2-2012 (rec. 821/2008, III.1.2). En este caso la elusión del gravamen afectaba a un reparto encubierto de beneficios, mediante su previa transferencia a la cuenta de reservas y su aplicación inmediata a realizar una ampliación de capital, actuaciones que fueron seguidas de una reducción de éste con devolución de aportaciones a los socios. Bajo el régimen vigente entonces, las cantidades percibidas por los socios por tal concepto se encontraban formalmente libres de gravamen, por lo que la pretensión de las partes era evitar la tributación que sí hubieran debido soportar de manera irremediable, de haberse producido el reparto directo de los beneficios. Frente a esta sucesión de operaciones, el Tribunal Supremo, como en el caso anterior, respaldó la calificación de la conducta como fraude de ley que había hecho el órgano inspector. A tal efecto, fue decisivo constatar que las actuaciones llevadas a término no habían cumplido con ninguna de las funciones que el ordenamiento reserva a este tipo de operaciones societarias<sup>85</sup>:

*«En efecto, la ampliación de capital, como regla general, persigue la financiación de la sociedad mediante capitales propios. Por el contrario, la reducción del capital puede tener por finalidad la devolución de aportaciones, la condonación de dividendos pasivos, la constitución o el incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas.*

---

(84) En los mismos términos se pronuncian varias SSTS de 14-6-2012 (rec. 5043/2009, FJ 7º, rec. 6218/2009, FJ 7º, rec. 6219/2009, FJ 7º, rec. 6386/2009, FJ 7º, y rec. 2413/2010, FJ 7º).

(85) En el mismo sentido, también, la STS de 15-3-2012 (rec. 1519/2008, FJ 4º).

*Pero en el presente caso, con buen criterio, la sentencia de instancia no contempla la reducción de capital como operación aislada de la de ampliación del mismo, ni de ésta con independencia de aquella, sino que, estudiando ambas de forma conjunta, llega a la conclusión de existir un supuesto de fraude de ley para eludir la norma fiscal que grava las retribuciones por dividendo (...).*

*Es así como seguido el proceso de "rodeo" o "contorneo", propio del fraude de ley, a que se refiere el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo, se logró un objetivo distinto del de las operaciones de ampliación y reducción de capital aisladamente consideradas, objetivo que no era otro que el indicado de repartir las reservas, eludiendo la norma fiscal que grava este tipo de operaciones como renta del capital mobiliario y en consecuencia las somete a retención» (FJ 6º).*

En esta ocasión, la Inspección había hecho un primer amago de reconducir la tributación mediante la simple calificación del supuesto, conforme al art. 25 LGT/1963. Fue el inspector jefe quien ordenó tramitar un procedimiento especial, por apreciar en la conducta los rasgos propios del fraude de ley. Conviene significar que la rectificación del órgano administrativo en tal sentido pudo haber sido decisiva para la suerte de la liquidación, teniendo en cuenta que la posterior STS de 3-7-2014 (rec. 1512/2013, III.4.2) rechazó en un supuesto similar la actuación administrativa precisamente por no haberse llevado a cabo la tramitación del citado procedimiento. Se trataba en este otro caso de un supuesto de reducción de capital, con objeto de incrementar las reservas voluntarias a efectos de su distribución como dividendo, y una posterior ampliación en idéntica cifra con cargo a reservas de revalorización (constituídas al amparo del Real Decreto Ley 7/1996, y que no hubieran podido repartirse entre los socios, por expresa prohibición legal). Como se acaba de afirmar, el Tribunal Supremo consideró que la actuación constituía fraude de ley, por lo que hubiera sido necesario observar para su declaración el procedimiento especial previsto en la LGT/1963 a tal efecto.

#### **IV. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES CON CARÁCTER PREVIO AL REPARTO DE UN DIVIDENDO**

Otras veces, la consecución de un régimen ventajoso en la distribución de beneficios se busca por otro cauce, como la constitución de una entidad a la que se transfiere una participación social de la que se espera obtener un importante dividendo de manera inminente. Se trata, por ejemplo, del caso sujeto a consideración en la STS de 12-7-2012 (rec. 2038/2009, III.1.3). Para explicar la actuación por motivos fiscales es preciso tener en cuenta, en pri-

mer lugar, que la transmisión de la participación se había realizado por una persona física sin tributar en su IRPF, por aplicación de los coeficientes de abatimiento y, en segundo lugar, que los dividendos, al ser percibidos por la nueva entidad constituida, tampoco tributaron, en este caso por aplicación de específicas normas contables. El Tribunal considera que la conducta es constitutiva de fraude a la ley tributaria, rechazando la pretensión del interesado de haber hecho un uso legítimo de la alternativa negociada fiscalmente más ventajosa, y confirmando, en suma, el gravamen del supuesto precio de venta como dividendos percibidos por el vendedor:

«(...) Pues bien sentada la doctrina interpretativa del fraude de ley y sus requisitos, sin necesidad alguna de acudir a las figuras de transparencia fiscal para rectificar un negocio fraudulento, no cabe duda alguna que la firmeza del acto declarativo del fraude de ley y los hechos acreditados en la instancia y que la Sentencia de 26 de febrero de 2009 considera probados, con la consiguiente exclusión de ser cuestionados o replanteados en la casación, permite apreciar sin posible controversia la existencia de fraude de ley en la conducta de la recurrente, pues la venta de las acciones de (...) S.A. se realizó el día 23 de septiembre de 1999 a una sociedad ([...] S.L.) que había sido constituida el día 6 del mismo mes, un día antes de que aquella acordase el reparto de dividendos, incluyéndose en el precio los dividendos acordados y pendientes de pago. Además, la sociedad compradora no acreditó alguna otra actividad ni disponía de patrimonio que le permitiese hacer frente a los pagarés librados para el pago del precio, debiendo hacerlo con los dividendos percibidos de (...) S.A. Así, con esta operación se evitaba que tributasen por los dividendos las personas físicas que eran socios cuando se acordó el reparto por (...) S.A., no tributando tampoco la sociedad que era socio cuando se pagaron, ya que fueron contabilizados por (...) S.L. como un derecho de cobro que minoraba el coste de las acciones adquiridas (norma de valoración 8ª del Plan General Contable), tributando entonces como una ganancia patrimonial, reducida de forma considerable por aplicación de los coeficientes de abatimiento» (FJ 4º).

Ahora bien, los rodeos dirigidos a la distribución de un dividendo, evitando su tributación como tal para obtener un tratamiento fiscal más favorable, no siempre merecen al Tribunal la consideración de fraude de ley. Otras veces, la operativa puesta en práctica por las partes con tal fin ha sido objeto de un tratamiento menos exigente con la Administración. En concreto, la STS de 24-10-2013 (rec. 1650/2011, IV.2.1) respaldó la simple calificación de un supuesto similar como dividendo, sin considerar necesarias a tal efecto las formalidades propias de la declaración de fraude de ley. En este caso, dos personas físicas habían constituido una entidad, aportando a la misma una parte de la participación social que poseían en otra. Poco tiempo después vendieron a la nueva entidad con precio aplazado el resto de dicha participación, con carácter previo al reparto de un dividendo procedente de ésta. El dividendo, percibido ya por la nueva entidad, se destinó por ésta a satisfacer el precio aplazado de la compra. Como se acaba de indicar, el Tribunal Su-

premo respaldó la calificación administrativa del importe percibido por los vendedores como dividendo, sin necesidad de acudir al procedimiento de fraude a la ley tributaria, pese a las evidentes similitudes de estructura entre este supuesto y el que se había resuelto de forma distinta por la sentencia cuyo pasaje se ha transcrito en el párrafo precedente.

Por su parte, como ya se ha visto (ver apartado I anterior), la STS de 24-2-2016 (rec. 4044/2014, V.1.10) confirmó la simulación que había apreciado la Inspección tributaria (lo que llevó aparejado además como consecuencia la imposición de cuantiosas sanciones) por la constitución de una sociedad con posterior venta a la misma por sus socios de su participación social en otra entidad, entendiéndose que el precio percibido por éstos constituía en realidad una retribución de los fondos propios de la entidad inicialmente participada. No es ocioso recordar que la sentencia en cuestión fue objeto de dos votos particulares, en los que se razonaba la discrepancia de los dos magistrados respectivamente firmantes con la declaración de simulación que había refrendado la mayoría de la Sala.

Como resumen, frente a este tipo de complejas operaciones societarias, puede afirmarse cierta tendencia del Tribunal Supremo a apreciar la existencia de fraude a la ley tributaria (que bajo la regulación actual sería conflicto en la aplicación de la norma), si bien, no cabe descartar que, con o sin la presencia de sutiles elementos diferenciales, la decisión se produzca como hemos visto en un sentido distinto, mediante la reconducción del gravamen a través de la simple calificación, e incluso declarando el carácter simulado de la conducta.

## **V. ENDEUDAMIENTO DE SOCIEDADES PARA LA ADQUISICIÓN DE OTRAS ENTIDADES DEL GRUPO**

En este apartado hacemos referencia a un conjunto de supuestos dotados de cierta homogeneidad, pues todos ellos tienen en común la adquisición de una entidad realizada por otra, normalmente perteneciente a su mismo grupo, recurriendo a tal fin al endeudamiento con terceros (pertenecientes o no también al mismo grupo empresarial), generando de ese modo importantes gastos financieros. No obstante, comoquiera que ya en este trabajo hemos tenido ocasión de hacer referencia específica por extenso a la jurisprudencia relativa a este tipo de operaciones (véase el apartado III.4 de la Segunda Parte), nos limitaremos ahora aquí a recordar de manera resumida



las soluciones ofrecidas por el Tribunal ante los distintos supuestos concretos.

En tal sentido, como se recordará, existe un primer grupo de sentencias que confirman el criterio de la Administración tributaria calificando el supuesto como fraude de ley. En general, dicha apreciación se basa en la inexistencia de una lógica empresarial en la operación, ante la falta de explicación por las partes de la presencia de un motivo distinto del estrictamente fiscal. Hemos señalado como exponente de este criterio la STS de 22-12-2016 (rec. 3421/2015, III.2.1, FJ 4º)<sup>86</sup>:

*«Pues bien, aquí lo que se está cuestionando no es la validez o legalidad de cada una de las transacciones o pasos realizados, sino todo el entramado de operaciones, sobre el fundamento de considerar la Inspección que las transmisiones de participaciones entre empresas del grupo y con financiación de empresas del grupo no presentan un contenido económico real sino que tienen como motivo único el fiscal de reducción de la base imponible del Grupo; por ello esas necesidades de financiación, a juicio de la Inspección, no son tales, considerando que se han articulado las operaciones de trasvase de participaciones intragrupo para provocar una aparente necesidad de financiación» (FJ 5º).*

En el lugar indicado hemos manifestado nuestras reservas ante las razones expresadas por el Tribunal en este grupo de sentencias, señalando los matices que, a nuestro juicio, son necesarios para que sus afirmaciones sobre el fraude de ley no ahoguen en abstracto las posibilidades legítimas de los particulares de optar por la alternativa fiscal más favorable.

Una variante jurisprudencial en relación con estos casos es la STS de 19-7-2016 (rec. 2553/2015, III.2.2, en especial, FFJJ 9º y sigs.), que no sólo avala la apreciación de fraude de ley en un supuesto similar, vinculando su decisión a la eficacia de los límites a la autonomía de la voluntad, sino que apunta que no hubiera sido necesario siquiera recurrir a las garantías legales específicas previstas para el fraude a la ley tributaria, llegando a sugerir la identificación de los hechos enjuiciados con un supuesto de simulación. Igualmente en su momento hemos manifestado nuestro desacuerdo con alguno de los razonamientos de la sentencia. De hecho, contra lo que se apunta en ella, el propio Tribunal Supremo había invocado antes de modo explícito, como razón de su decisión en un caso similar, la necesidad de que

---

(86) Entre otras muchas en el mismo sentido, las SSTS de 5-2-2015 (rec. 4075/2013, III.6.1, FJ 5º), de 9-2-2015 (rec. 188/2014, FFJJ 3º al 9º), de 12-2-2015 (rec. 184/2014, III.2.3, FJ 6º), de 23-3-2015 (rec. 682/2014, FJ 6º, y FFJJ 7º al 9º), de 16-3-2016 (rec. 3162/2014, FJ 8º) y de 19-7-2016 (rec. 2553/2015, III.2.2, FFJJ 9º al 12º).



el gravamen se hubiera reconducido observando las exigencias previstas para la declaración de fraude a la ley. Nos referimos a la STS de 26-1-2015 (rec. 2945/2013, III.4.1). Ciertamente, en este último caso el Tribunal no se refiere a la calificación de la operación de endeudamiento en su conjunto, sino a un aspecto muy concreto de la operativa negocial: el encadenamiento de operaciones financieras para lograr que, si bien formalmente los préstamos se habían concedido por entidades residentes en la Unión Europea (lo que implicaba la no aplicación de la norma sobre subcapitalización entonces vigente), los prestamistas últimos eran entidades residentes fuera del citado territorio. En todo caso, esta última sentencia es significativa, puesto que pone el acento en la necesidad de observar las formalidades legales previstas para el fraude a la ley, frente a cierto desapego hacia dicho procedimiento por parte del pronunciamiento citado con anterioridad.

Otras veces, la jurisprudencia de la propia Sala 3ª ha estimado correcta la actuación de los sujetos pasivos en operaciones similares, rechazando incluso la declaración de fraude a la ley tributaria que había llevado a término la Administración. Existen al menos dos muestras de respaldo a la actuación de las partes en sendas operaciones de endeudamiento para la compra de entidades del grupo. La más reciente es la STS de 20-5-2016 (rec. 2945/2014, III.3.1, FJ 8º), que ante una situación aparentemente similar a las examinadas por las sentencias anteriores entendió que la operativa negocial empleada era una opción legítima, rechazando pues la existencia de un montaje puramente artificial, tal como hubiera sido necesario para la concurrencia del fraude de ley. Asimismo, ya anteriormente la STS de 26-2-2015 (rec. 4072/2013, III.3.2, FJ 10º) había llegado a conclusiones similares (sin perder de vista que a la misma se formuló un voto particular discrepante suscrito por dos magistrados).

Quizá la razón del distinto sentido de las decisiones del Tribunal en estos dos últimos casos, aunque no lo explicita así, sea la presencia de ciertos elementos (ausentes en otros supuestos) que actuaban a favor de las pretensiones de los obligados tributarios, pues en el primer caso el préstamo obtenido para la financiación de la compra procedía de una entidad ajena al grupo empresarial (debe tenerse en cuenta que por lo general en supuestos como éste la entidad prestamista suele pertenecer o estar vinculada al mismo grupo, circunstancia que abonaría la constatación de artificiosidad), y en el segundo se disponía de un dictamen pericial, no desvirtuado por la Administración, que avalaba la operación por razones estratégicas. En todo

caso, quedan ambos pronunciamientos como exponente de una línea que impide descartar la plena legitimidad de la opción por este tipo de operaciones en ausencia de artificio (por más que ahora su empleo se haya vuelto menos rentable fiscalmente desde la promulgación de normas generales limitativas de la deducción de intereses en la LIS). El problema es que, como se verá, la Administración ha comenzado a abordar la regularización en estos casos mediante la tramitación del informe previsto para el conflicto, por lo que las resoluciones favorables de la Comisión consultiva pueden actuar como base para la imposición de sanciones de acuerdo con el nuevo art. 206 bis LGT. Con independencia de los reparos que suscita este precepto, lo cierto es que la amenaza de sanción se cierne a partir de ahora sobre quienes acometan este tipo de actuaciones.

## **VI. REESTRUCTURACIONES SOCIETARIAS Y CLÁUSULA ANTIABUSO**

El último apartado lo dedicamos a recapitular, tratando de evitar insulsas reiteraciones, las conclusiones apuntadas en un momento anterior acerca de los patrones de respuesta que creemos pueden inferirse de la jurisprudencia de la Sala 3ª en relación con el presupuesto de aplicación de la cláusula antielusiva excluyente del régimen de neutralidad en el IS (véase el numeral VI de la Segunda Parte de este trabajo).

Lo primero que cabe decir al respecto es que resulta imposible reducir a una lista de supuestos abstractos típicos la prolija realidad que pone de manifiesto el examen de la jurisprudencia en cuestión. Por ello, nos limitaremos a recordar las conclusiones más relevantes alcanzadas tras su análisis. En primer lugar, de acuerdo con la interpretación que el Tribunal Supremo hace de la cláusula antiabuso, siguiendo en este punto la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la obtención de una ventaja fiscal derivada del régimen de neutralidad, unida a la ausencia aparente de otros motivos económicos que justifiquen la reestructuración societaria, determinarían la entrada en juego de la presunción de fraude o evasión, entendido este concepto en el sentido autónomo que resulta de la Directiva 2009/133. Bajo tales circunstancias, el sujeto pasivo podrá acogerse al citado régimen sólo si prueba la existencia de un motivo, distinto del estrictamente fiscal, capaz de justificar racionalmente su actuación en términos económicos. Para ilustrar el sentido que el Tribunal atribuye a esta presunción hemos recurrido a la STS de 23-11-2016 (rec. 3742/2015, VI.1.2 y VI.7.1):

«[L]o que le incumbe a la Administración es constatar que el objetivo principal perseguido era la obtención de una ventaja fiscal (...), esto es se presume dicha finalidad prohibida por la inexistencia de motivos económicos válidos» (FJ 2º).

Así lo ponen de relieve también, como se vio en su momento, entre otras, las SSTs de 24-9-2012 (rec. 1595/2009, VI.2) y de 28-11-2013 (rec. 2581/2011).

La cláusula antielusiva tiene como efecto, pues, que una vez constatada la ventaja fiscal obtenida por aplicación del régimen de neutralidad, si la Administración no aprecia a primera vista un motivo económico válido, la carga de la prueba de su existencia recaiga en el sujeto pasivo. La virtualidad de la norma depende por tanto de manera decisiva del concepto de *ventaja fiscal*. En particular, se hace necesario determinar si la mera aplicación del diferimiento en el gravamen de las plusvalías latentes, inherente siempre a este régimen, constituye ventaja bastante para la entrada en juego de la presunción de fraude o evasión. El análisis de la jurisprudencia abona, a nuestro juicio, una respuesta negativa. Antes bien, como se ha razonado de manera amplia en el apartado correspondiente, entendemos que en ningún caso cabe hablar de ventaja fiscal a estos efectos si, además de producir la operación de reestructuración los resultados jurídico-patrimoniales que le son propios, de acuerdo con el derecho societario (es decir, no se constata la presencia de artificio), la aplicación del régimen de neutralidad no trae como resultado una reducción de la carga tributaria en comparación con la que se hubiera soportado de no acometerse la operación. En estas circunstancias, el motivo económico válido debe presumirse. Aunque no se afirme así de modo explícito, creemos que esta razón es la que subyace en la STS de 23-11-2016 (rec. 374272015, V.7.1), citada al principio.

Esto último no significa que, para aplicar la cláusula antiabuso, la Administración deba probar que la actuación de los sujetos se ha llevado a cabo de manera artificiosa (es decir, la concurrencia de fraude a la ley o, en la regulación vigente, conflicto en la aplicación de la norma), extremo que el Tribunal niega con insistencia. Ahora bien, lo que sí debe acreditar a tal efecto el órgano administrativo es la presencia de *fraude o evasión*, por lo que si la operación ha producido con normalidad los efectos jurídico-materiales que el ordenamiento le asocia en abstracto, sin que la aplicación del régimen lleve consigo ninguna ventaja fiscal distinta del diferimiento de las plusvalías latentes, el motivo económico válido debe presumirse, y ello lógicamente impide la presunción contraria.

Por último, a fin de determinar si el régimen de diferimiento produce como resultado una ventaja fiscal de entidad suficiente como para presumir el fraude o la evasión, el Tribunal Supremo, siguiendo en este punto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, otorga un papel decisivo al examen de las circunstancias previas, coetáneas y posteriores a la reestructuración. Son numerosos los pronunciamientos que hacen referencia a este necesario análisis contextual de la actuación y de sus efectos tributarios para las partes<sup>87</sup>. Como resultado de ello, para invocar en su favor la presunción de fraude o evasión, la Administración debe probar que, del conjunto de circunstancias relacionadas con la operación, se ha derivado un ahorro impositivo capaz de mover a los sujetos a realizarla. Así se comprueba, a nuestro juicio, a la vista de todos los supuestos en los que el Tribunal Supremo ha respaldado la presunción de fraude o evasión, pues siempre cabe identificar en ellos la presencia de actuaciones añadidas, determinantes de importantes ventajas fiscales para las partes por aplicación del régimen de diferimiento, que hubieran justificado por sí solas la reestructuración. Nos remitimos en este punto a la cita que hemos realizado en el apartado correspondiente de abundantes ejemplos extraídos de la jurisprudencia más reciente del Tribunal. La idea anterior viene a confirmarse, por otra parte, cuando la STS de 14-5-2012 (rec. 2144/2010, VI.4.1, FJ 3º) rechaza la inferencia de finalidad elusiva que había alcanzado la Administración, teniendo en cuenta que las circunstancias posteriores no avalaban la presencia de dicha finalidad. La necesidad de que el propósito principal o exclusivamente fiscal de la operación quede en evidencia por otras circunstancias añadidas, distintas de la propia ventaja que podría representar en sí misma la no sujeción de las plusvalías latentes, se pone de manifiesto con claridad finalmente en la STS de 12-12-2013 (rec. 5463/2011, VI.9.1, FJ 7º), al aceptarse en ella el motivo económico válido alegado por las partes en razón de que la Administración no había aportado pruebas suficientes de que la operación obedeciera a una motivación principal de carácter fiscal.

---

(87) Con anterioridad hemos citado, en este sentido, entre otras muchas, las SSTS de 14-5-2012 (rec. 2144/2010, VI.4.1, FJ 3º), de 18-6-2012 (rec. 5352/2009, FJ 3º), de 18-3-2013 (rec. 392/2011, VII.1.3, FJ 2º), de 18-11-2013 (rec. 654/2012, VI.3.1, FJ 2º), de 26-9-2014 (rec. 844/2012, FJ 5º) y de 23-11-2016 (rec. 3742/2015, VI.1.2, FJ 3º).

## EL NUEVO RÉGIMEN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y EL REFORZAMIENTO DEL PAPEL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

### I. LA INFLUENCIA DEL NUEVO RÉGIMEN DE LA CASACIÓN EN EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONDUCTAS ELUSIVAS

Tal como se expuso al principio, la nueva regulación del recurso de casación constituye uno de los factores que limitan las posibilidades de pronosticar de modo certero la respuesta definitiva de la jurisprudencia sobre la regularidad y el modo de tributación de las futuras decisiones de negocio de los obligados tributarios<sup>88</sup>. Como era razonable prever, la entrada en vigor de los nuevos presupuestos de admisión del recurso comienza a condicionar de manera decisiva el proceso de evolución de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia. Según es bien sabido, desde la entrada en vigor del nuevo régimen, la admisión del recurso queda restringida a aquellos casos en que se aprecie la concurrencia de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 88.1 LJCA).

No resulta fácil predecir qué efectos puede tener a la larga el nuevo modelo implantado. El tiempo ya transcurrido, no obstante, permite ir anotando como primera impresión que, tal y como era de esperar, el caudal de sentencias en vía de casación se ha visto notablemente disminuido. Ciertamente, el dato se corresponde con el propósito de la nueva regulación, orientada a filtrar las controversias para limitar la intervención del Alto Órgano a aquellos casos en que la naturaleza del conflicto demande, abstracción hecha de su cuantía, la fijación de un criterio uniforme en aras de la seguridad jurídica<sup>89</sup>. El hecho es que resultan inciertos los efectos reales que esta circunstancia tendrá a medio y largo plazo sobre la formación de doc-

---

(88) Sobre este nuevo sistema de casación, con especial referencia a sus implicaciones en el ámbito tributario, puede verse el trabajo de ALONSO MURILLO, F.: *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria*, AEDAF Monografías, núm. 9 (2016).

(89) Según señala HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. («La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 41 (2017), el objetivo de la reforma «consiste en reforzar el recurso de casación para asegurar la homogeneidad en la aplicación judicial del Derecho, por considerar que la tarea central del Tribunal Supremo es sembrar seguridad jurídica, fijando criterios uniformes en la interpretación del ordenamiento jurídico».

trina, en relación con aspectos relevantes de la práctica tributaria y, más en particular, por cuanto se refiere a la decantación de los conceptos determinantes del tratamiento de las distintas conductas elusivas del gravamen. Por lo pronto, que tengamos constancia, no existen pronunciamientos del Tribunal directamente referidos al tratamiento de las conductas elusivas, derivados de recursos interpuestos bajo el nuevo régimen, en los cerca de dos años de su vigencia<sup>90</sup>. Y las expectativas no parecen ser que la producción se intensifique mucho más en un futuro próximo, ya que de todos los autos de admisión pendientes de ser resueltos, el único del que cabe esperar un pronunciamiento claramente relevante en esta materia es el varias veces aquí citado ATS de 20-11-2017 (rec. 3130/2017), cuya resolución debería despejar la doctrina del Tribunal sobre las relaciones entre la simulación y la potestad sancionadora tributaria, y de paso quizá pudiera aportar algún elemento nuevo para aclarar la delimitación del ámbito propio del conflicto en la aplicación de la norma tributaria frente a la simulación (aunque esto, a nuestro juicio, es menos probable que ocurra). A éste quizá deba añadirse el reciente ATS de 7-3-2018 (rec. 89/2018), que admite a trámite el recurso interpuesto, aceptando el interés casacional de dos cuestiones suscitadas por la SAN de 18-4-2017 (rec. 265/2015), una de ellas directamente relacionada con la exigencia de motivos económicos válidos en el régimen de diferimiento (en concreto, la conformidad con el derecho de la Unión Europea de que se exija un motivo económico válido a las filiales españolas objeto de reestructuración, cuando ha quedado probada la concurrencia de dicho motivo válido desde el punto de vista de la matriz sueca implicada en la operativa societaria), y la otra referida a la posibilidad de que se aplique directamente la norma antielusiva prevista para las operaciones vinculadas en un CDI, sin observar los métodos de valoración establecidos a tal efecto en la normativa interna.

Si el sistema funcionara de manera satisfactoria, sólo deberían quedar fuera de la casación aquellos casos que no precisasen un pronunciamiento

---

(90) Los dos casos temáticamente más próximos que hemos encontrado son los resueltos, por una parte, en la STS de 27-9-2017 (rec. 194/2016), que tiene por objeto el tratamiento a efectos de fijar la base imponible del IVA en el caso de operaciones ocultas que no han sido objeto de facturación; y, por otra, en la muy reciente STS de 18-3-2018 (rec. 53/2017), que, si bien afectaba a un supuesto de infracciones cometidas mediante la simulación de operaciones, no tenía como objeto directo pronunciarse sobre los aspectos relativos a la conducta simulada, sino que versaba sobre las posibilidades de impugnación por el responsable solidario de las liquidaciones giradas al deudor principal.



específico nuevo del Alto Tribunal, normalmente por existir ya doctrina clara y uniforme al respecto; en la práctica, sin embargo, habrá que constatar el cumplimiento de esta expectativa. Un buen exponente de las trabas formales añadidas que la nueva regulación va a traer consigo es el ATS de 22-3-2017 (rec. 49/2017), por el que se rechaza la admisión a trámite de un recurso contra la SAN de 20-9-2016 (rec. 298/2016), que había confirmado la declaración administrativa de simulación y la imposición de las correspondientes sanciones, rechazando la aplicación por el sujeto pasivo del régimen de las sociedades patrimoniales. A tal efecto, el órgano judicial se había apoyado en su propio precedente, la SAN de 17-12-2015 (rec. 279/2012), que había resuelto a su vez en idéntico sentido en relación con otras liquidaciones tributarias dictadas en el mismo caso y respecto a los mismos sujetos pasivos. Se da la circunstancia, sin embargo, de que esta última sentencia, por su fecha, pudo ser objeto de recurso bajo el sistema de casación precedente, dando lugar a la STS de 1-3-2017 (rec. 533/2016), en la que se rechazó la existencia de simulación y se anularon, por tanto, las sanciones. Pues bien, pese a que la SAN de 20-9-2016 (rec. 298/2016) se pronuncia en iguales términos y respecto a cuestiones idénticas (incluso utilizando en apoyo de su decisión la transcripción de su sentencia previa), debido a su fecha el recurso hubo de someterse al nuevo régimen, dando lugar al citado ATS de 22-3-2017 (rec. 49/2017). En éste, sin embargo, el Tribunal omite pronunciarse sobre la misma incongruencia omisiva planteada por los recurrentes (el problema, en suma, es la falta de valoración de pruebas testificales aportadas por las partes al proceso), debido a que éstos no pidieron la subsanación de la falta en la instancia, tal como exige el vigente art. 89.2.c) LJCA. El resultado es la retroacción de actuaciones al momento procesal en que dicha subsanación debió ser instada.

Sea como sea, la situación expuesta supone la traslación a la Audiencia Nacional de una parte importante del papel que hasta hace un tiempo correspondía al Tribunal Supremo en la resolución definitiva de controversias así como una mayor responsabilidad en el mantenimiento de la homogeneidad de las respuestas conforme a las líneas de doctrina previamente trazadas por aquél, al menos frente a los asuntos de cuantía más relevante (como se sabe, antes de la última reforma eran susceptibles de recurso de casación todos los que excediesen el umbral de 600.000 euros).



## II. LÍNEAS DE DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DESDE EL INICIO DEL NUEVO RÉGIMEN

Como se acaba de apuntar, la vigencia del nuevo recurso de casación incrementará los casos en que la decisión de la Audiencia Nacional sobre el fondo de los asuntos resulte definitiva. Será así desde luego en todos los casos donde la Sala de Admisión del Tribunal Supremo no aprecie la existencia de interés casacional ante un eventual recurso de las partes. Bajo esta premisa, puede ser de interés culminar el presente trabajo de estudio exponiendo las impresiones que deja un primer sondeo de la producción de la Audiencia Nacional en la materia objeto de análisis desde la entrada en vigor del nuevo régimen del recurso (22 de julio de 2016).

Con tal fin, hemos seleccionado una muestra de sentencias que son representativas del conjunto de controversias resueltas por la Audiencia en este tiempo. En general, no hemos apreciado grandes novedades en el tipo de asuntos sometidos a su conocimiento, y tampoco en el enfoque argumental determinante de sus soluciones.

En este sentido, parece oportuno mencionar primeramente la SAN 11-10-2016 (rec. 256/2015), interesante por su elocuencia al expresar las dificultades que sigue planteando a juicio de nuestros Tribunales (pese a las graves consecuencias que comporta) discernir las distintas modalidades de conducta:

*«Como hemos dicho en anteriores ocasiones siguiendo al Tribunal Supremo cuando se han producido recalificación por la Administración tributaria en términos análogos a los que aquí planteamos, la frontera entre lo lícito o ilícito en el marco de la calificación fiscal de determinadas operaciones resulta, en no pocas ocasiones, tan complicado como discutido. Desde un punto de vista doctrinal trazar una línea divisoria franca y clara entre fraude a la ley o simulación ha sido tarea a la que se ha aplicado y dedicado buena parte de su tiempo la doctrina. La aparente sencillez y no menor brillantez con la que algunos autores lo han conseguido, difícilmente cruza el umbral de una realidad jurídica, tan tozuda y terca, que vuelve a colocar a los operadores jurídicos al principio del camino recorrido» (FJ 5º).*

Pues bien, al principio otra vez del camino, la SAN de 27-10-2016 (rec. 170/2014) se adscribe con entusiasmo a la conocida doctrina sobre simulación de la causa en un supuesto similar a otros que habían sido resueltos en el pasado por la Administración (con el visto bueno del Tribunal Supremo) mediante el simple uso de su potestad calificadora, sin referencia explícita al carácter simulado de la conducta (ver apartado I.2 de la Segunda Parte de este trabajo). La cuestión se centraba en determinar el tratamiento

aplicable a una operación clásica de «lavado del dividendo», donde el encadenamiento en pocos días de operaciones de compra, venta, opciones y cobro de dividendos, determinaba para el sujeto la obtención de una reducción impositiva aprovechando la condición de no residente de la otra parte de la operativa. La sentencia no tiene empacho en reconocer de nuevo que la frontera entre la simulación de la causa y el conflicto en la aplicación de la norma es «difusa», y que la apreciación de que concurre una u otra modalidad de conducta queda confiada «a la labor de interpretación y de aplicación de la Administración tributaria y de los Tribunales» (FJ 3º), si bien considera que en este caso existe una auténtica «simulación del objeto». Una solución parecida adopta la SAN de 10-11-2016 (rec. 574/2014), en relación con ciertas operaciones relativas esta vez a títulos de deuda pública extranjera (los llamados «bonos brasileños»), que tuvieron por objeto el «lavado del cupón». Esta vez, sin embargo, la sentencia elude hablar de simulación, y resuelve sobre la base de la potestad de calificación del órgano administrativo, siguiendo en este punto los razonamientos de la STS de 24-4-2012 (rec. 159/2008, I.1.8), con consecuencias no obstante similares.

Por su parte, la SAN de 13-3-2017 (rec. 437/2014) no duda en calificar de simuladas diversas operaciones encadenadas de cesión de derechos preferentes de compra sobre inmuebles (que la sentencia identifica con auténticas opciones de compra) entre sociedades controladas por una misma persona física, con el único objeto de generar reducciones fiscales en una de ellas. Como resulta habitual, al aplicar esta concepción de la conducta simulada, se hace descansar tal carácter en la ausencia de racionalidad económica. Conviene puntualizar, de todas formas, que la sentencia en cuestión se limita a reproducir los argumentos expresados frente al mismo caso en la anterior SAN de 1-6-2016 (rec. 215/2014), que por razones de cuantía no podía ser objeto de casación, al aplicársele el régimen precedente de este recurso.

Siguiendo la estela del Tribunal Supremo, en su entendimiento del discutido concepto de «simulación de la causa», las SSAN de 10-10-2016 (rec. 495/2014) y la más reciente de 12-12-2017 (rec. 22/2015) aprecian simulación en la constitución de una sociedad, con el único propósito de colocar en ella el producto obtenido por la venta de un inmueble y aprovechar de ese modo los beneficios fiscales por reinversión previstos en la normativa. La solución, en estos casos, se ajusta con rigor a lo resuelto por la STS de 22-6-2015 (rec. 2496/2014, V.1.1) en un supuesto similar [véase el apartado V.2.3. de la Segunda Parte) de este trabajo]. A tal efecto, la primera de

las sentencias citadas resume esta concepción, con la que ya en su momento tuvimos ocasión de expresar nuestras discrepancias:

*«Podemos afirmar que toda simulación negocial implica un artificio a través del cual, con fines lícitos o ilícitos, se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal, otro propósito negocial, contrario a su existencia misma (simulación absoluta), o constitutivo de otro tipo de negocio (simulación relativa)» (FJ 3º).*

La existencia de simulación es asimismo la conclusión que alcanza la SAN de 27-10-2016 (rec. 197/2014), debido a la interposición de una sociedad vinculada carente de una mínima estructura empresarial para facturar servicios, actuando como pantalla para el pago, por la entidad receptora que hace de cliente, de lo que en realidad el Tribunal considera el salario del socio que controla ambas. La misma modalidad de conducta reconoce la SAN de 29-9-2017 (rec. 30/2015) en la sucesión durante distintos períodos impositivos de cambios de administrador, transferencias de explotaciones económicas y eventual incorporación de personas físicas como accionistas minoritarios, entre sociedades obedientes a un mismo poder de decisión, con la exclusiva finalidad de ir forzando a conveniencia las condiciones de aplicación del régimen especial de las sociedades patrimoniales.

La SAN de 16-2-2017 (rec. 72/2015), por su parte, confirma la regularización administrativa, que por vía de calificación había considerado excluida del régimen de las sociedades patrimoniales a una entidad que, a su juicio, había mantenido el ejercicio de una actividad de promoción inmobiliaria, pese a haberse desprendido formalmente y de manera provisional de sus activos afectos para aportarlos a una entidad vinculada, con objeto de aprovechar los aspectos ventajosos de dicho régimen especial en la tributación que debía afrontar por la plusvalía derivada de una operación de permuta inmobiliaria. Resulta de interés hacer constar las razones por las que la sentencia considera innecesario que se hubiese cursado el trámite previsto en el art. 15 LGT, al entender que se trata de un supuesto de simple calificación, y no de conflicto en la aplicación de la norma:

*«La Administración Tributaria ha analizado la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado (artículo 13 de la LGT) a efectos de proceder a la subsunción en las normas aplicables, llegando a la conclusión de que no se dan los requisitos para la aplicación del régimen de sociedades patrimoniales. Por tal razón no es de aplicación el artículo 15 de la LGT, pues esta norma requiere la existencia de un artificio que en el presente caso no concurre, pues la conclusión a la que llega la Administración es que la entidad actora realiza una actividad económica. No se trata de un conflicto en la aplicación de normas tributarias, sino de la determinación del régimen fiscal aplicable según la naturaleza de los hechos» (FJ 3º).*

Por cuanto se refiere a los típicos supuestos de compra de filiales financiada mediante operaciones de préstamo o aplazamiento, y generadores de gastos financieros para la compradora, el tratamiento de la Audiencia Nacional en el período que se considera va en la línea de la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo que hemos analizado con anterioridad (ver numerales III.4 y V de la Segunda Parte de este trabajo). Es decir, se suele respaldar la consideración de la conducta como fraude a la ley tributaria, aceptando su reconducción al gravamen mediante el correspondiente procedimiento especial. En este sentido se manifiestan las SSAN de 25-10-2016 (rec. 505/2014) y de 21-7-2016 (rec. 314/2014). También la SAN de 18-4-2017 (rec. 265/2015), con cita expresa de la STS de 16-3-2016 (rec. 3162/2014), y la SAN de 7-12-2017 (rec. 300/2014). La primera de ellas, por cierto, pendiente de un recurso de casación admitido a trámite como ya hemos visto por el ATS de 7-3-2018 (rec. 89/2018), si bien no está cuestionada en él la apreciación de fraude de ley en el conjunto de operaciones aludidas, sino otros aspectos de la misma sentencia. Por su parte, la SAN de 1-12-2017 (rec. 572/2014) confirma una solución similar, en un caso donde, por razón de su fecha, el procedimiento en vía administrativa se había acomodado ya al régimen del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Finalmente, la SAN de 31-10-2017 (rec. 24/2016) resuelve en un sentido similar al de la STS de 26-1-2015 (rec. 2945/2013, III.4.1) [ver apartado III.4.B) de la Segunda Parte de este trabajo], en un caso en el que la financiación recibida para llevar a cabo las compras procedía formalmente de entidades residentes en otros países de la Unión Europea, pero siendo los prestamistas últimos en realidad sujetos residentes fuera del citado territorio. La Audiencia Nacional, como el Tribunal Supremo en aquel caso, rechaza que la regularización, mediante aplicación de la norma sobre subcapitalización entonces vigente (no aplicable si la financiación hubiera procedido de entidades residentes en otros Estados miembros), se hubiese llevado a cabo sin observar el oportuno expediente de fraude de ley.

Para terminar, cabe mencionar también que los pronunciamientos en relación con la cláusula antielusiva del régimen de neutralidad van a nuestro juicio en la línea marcada por las últimas sentencias del Tribunal Supremo. En particular, entendemos que en todos ellos se pone de manifiesto la principal conclusión apuntada en este estudio con relación a esta normativa, es decir, que para la apreciación del propósito de fraude o evasión determinante de la exclusión del régimen es preciso que el sujeto obtenga una ven-

taja fiscal adicional al natural diferimiento derivado de su aplicación. Así, por ejemplo, las SSAN de 9-11-2016 (rec. 542/2014) y de 26-6-2017 (rec. 455/2015) confirman el rechazo de la Administración a la aplicación del régimen por entender que las operaciones de escisión habían tenido por objeto en último término la división del patrimonio social entre los socios, evitando de ese modo la tributación que hubiera correspondido, de haberse llevado a efecto el reparto por los cauces jurídicos ordinarios (además de que, por otra parte, se trató en este caso de una escisión total no proporcional y sin que la segregación afectase a ramas de actividad preexistentes, lo que implicaba asimismo el incumplimiento de los requisitos de acceso al régimen especial). La SAN de 11-10-2016 (rec. 256/2015), por su parte, reñó la regularización administrativa, por la que se había excluido del régimen una operación de fusión, debido a la evidencia de que su única finalidad había sido aprovechar la compensación de las bases imponibles negativas pendientes de la sociedad absorbida.

Mención especial merece, por último, el caso de la SAN de 18-4-2017 (rec. 265/2015), pues como antes se indicó es uno de los contados casos de aplicación de cláusulas antiabuso admitidos al recurso de casación desde la entrada en vigor de su nuevo régimen. Se da en el supuesto, entre otras circunstancias fiscalmente relevantes, una escisión por parte de una entidad española, con la finalidad de segregar sus participaciones en otra entidad del grupo mediante su aportación a una tercera, también del mismo grupo, y la posterior transmisión de las participaciones recibidas de esta última a su matriz sueca. De ese modo se hubiera logrado transferir a la matriz las participaciones escindidas, evitando el gravamen que hubiera tenido lugar de la plusvalía acumulada en ellas, en caso de transmitirse directamente. Conviene señalar que, como antes quedó dicho, el Tribunal Supremo deberá decidir en este caso, de acuerdo con el ATS de 7-3-2018 (rec. 89/2018), si para desvirtuar la presunción de fraude o evasión resulta exigible (según se deriva de la sentencia impugnada) que se acredite un motivo económico válido específico atribuible a la filial residente, o bien es suficiente la existencia de un motivo económico válido constatable desde la perspectiva de la matriz sueca.

Como se puede apreciar, en resumidas cuentas, tras el somero examen de esta muestra representativa, no se percibe, salvo en algún aspecto muy puntual, una evolución relevante en la naturaleza de los casos que dan lugar al empleo por la Administración tributaria de las diferentes cláusulas antia-

buso, y tampoco parece que la Audiencia Nacional se aparte por ahora de las líneas básicas de doctrina marcadas por el Tribunal Supremo con carácter previo en esta materia.

## APUNTES FINALES

La observación del escenario que hemos expuesto permite trazar algunos apuntes de carácter muy general sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia sobre el tratamiento de las conductas de los obligados tributarios dirigidas a optimizar el tratamiento tributario de sus operaciones y negocios. Con referencia al aspecto que quizá concite mayor preocupación bajo el prisma de la seguridad jurídica, no debe desdeñarse la presencia de algunos signos que, aun aislados, mantienen abierta la posibilidad de que en el futuro se reconozca un verdadero espacio propio al conflicto en la aplicación de la norma tributaria, como categoría elusiva específica, en correspondencia con la función autónoma que la LGT asigna sin ningún género de dudas a esta categoría de conducta. En esa dirección parece señalar, de una parte, la adscripción explícita por el Tribunal Supremo al presupuesto del conflicto de los negocios indirectos, cuya apreciación debería estar condicionada, en consecuencia, al cumplimiento de las limitaciones previstas en el art. 15 LGT; de otra, la presencia de algún pronunciamiento que, si bien aislado, subraya con fuerza que la declaración de simulación se subordina a la prueba de la ocultación o engaño, llamando con vehemencia a la Administración a un empleo riguroso de las categorías elusivas (nos referimos muy en especial a la STS de 16-12-2014 [(rec. 3611/2013)]).

Las señales aludidas no pueden tapar sin embargo la certeza, que un análisis de conjunto pone de relieve, en cuanto a la resistencia manifestada por el Tribunal Supremo, poco proclive a delimitar y reconocer el papel propio del conflicto, al mantener en la generalidad de los casos una noción muy amplia de la simulación (mediante su doctrina sobre simulación de la causa), así como un reconocimiento muy generoso de las facultades de calificación jurídica en manos de la Administración tributaria. Como se ha visto, en la solución definitiva de estas tensiones se barrunta clave el esperado pronunciamiento acerca del recurso admitido a trámite en virtud del ATS de 20-11-2017 (rec. 3130/2017), a que se ha hecho mención de manera recurrente durante todo el trabajo que aquí cerramos. A tenor del mismo, el Tribunal ha de decidir en su sentencia si la simulación conlleva de manera



implícita la culpabilidad o, por el contrario, sería posible, en función de las circunstancias, apreciar en una conducta simulada elementos excluyentes de la culpa. Junto a ello, cabe esperar también que la futura sentencia haga un esfuerzo para la delimitación conceptual del conflicto en la aplicación de la norma tributaria frente a la simulación, con objeto de aportar alguna luz ante las dudas que suscita esta cuestión capital, aclarando en lo posible la confusión que, al respecto, achacó la STS de 16-12-2014 (rec. 3611/2013), recién citada, a la práctica de los órganos administrativos.

De extraordinaria trascendencia será asimismo en este ámbito la evolución que se aprecie en la práctica aplicativa del nuevo art. 206 bis LGT. No estaba entre los objetivos de este trabajo adentrarnos con profundidad en su análisis (ante la falta de jurisprudencia debido a la juventud del precepto), ni hemos podido por tanto extendernos en razonar los reparos que la norma suscita bajo la perspectiva de las garantías constitucionales que presiden el ejercicio de la potestad punitiva, de acuerdo con el art. 24.2 de nuestro texto constitucional. En particular, consideramos aberrante la presunción *iuris et de iure* de la culpabilidad que consagra el apartado 2 del precepto ante cualquier discrepancia con los dictámenes de la Comisión consultiva. Lo que de paso brinda una inmejorable oportunidad para manifestar nuestra confianza en el buen criterio general de nuestros Tribunales, como mejor garantía de que sabrán reconducir los excesos legales a términos constitucionalmente admisibles.

Llegados a este punto del recorrido, nada habría más frustrante que la sensación de haber terminado igual que se empezó (sentirnos situados otra vez al principio del camino, como de manera lapidaria se augura en alguna sentencia citada más arriba a cualquier estudio en este ámbito). Desde el principio hemos sido conscientes, y así lo hemos advertido, de las limitaciones que existen a la hora de alcanzar certezas, acerca de lo que resultará y de lo que no resultará aceptable como conducta, en el momento de planificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de la forma menos onerosa para sus titulares. Tenemos la sensación, sin embargo, de que el análisis al que ahora damos cierre, al menos, proporciona pistas sólidas acerca de las tendencias de respuesta jurisprudencial frente a las diferentes operativas negociales. Aunque el criterio de nuestros Tribunales pueda a veces con razón considerarse inconsistente o errático, el mejor conocimiento de los antecedentes jurisprudenciales y de las distintas líneas argumentales expresadas en ellos sin duda ha de servir de alguna ayuda para afrontar con ma-



yores perspectivas de acierto en el futuro la planificación de los negocios. Confiamos en que así sea.

**TERCERA PARTE**  
**RESUMEN EJECUTIVO**



## **CONSIDERACIONES GENERALES**

El propósito de este estudio es trasladar una visión crítica de la situación de la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo relativa al tratamiento de las conductas elusivas de los tributos. Su objeto es, por tanto, el conjunto de sentencias -recaídas fundamentalmente en el periodo 2012- 2017- que establecen cómo puede y debe reaccionar la Administración tributaria ante dichas conductas, lo que implica también dilucidar cuándo no resulta pertinente ninguna reacción específica de su parte, por hallarnos ante una ordenación legítima de los negocios en la forma fiscalmente menos onerosa (economía de opción).

Tras un examen detenido de la jurisprudencia en cuestión, se constatan distintas situaciones de interés que hemos tratado de compendiar, siempre bajo una mirada crítica. A efectos expositivos, hemos ordenado las distintas líneas relevantes de doctrina del Tribunal en torno a siete apartados, en correspondencia con las principales modalidades abstractas de actuación de los particulares que se distinguen en el relato de sus sentencias.

### **1. CALIFICACIÓN DISCREPANTE DE ACTUACIONES O NEGOCIOS**

El primero de los apartados está dedicado a los supuestos más significativos en los que el Tribunal Supremo aplica el principio de calificación. El resultado de esta jurisprudencia es, a nuestro modo de ver, desigual. Por una parte, se refrendan supuestos clásicos (canónicos) de calificación, donde la Administración se había limitado a aplicar el tributo de acuerdo con la realidad jurídica sustancial correspondiente a los negocios celebrados por las partes, contra la pretensión de éstas de haber celebrado actos o negocios con efectos, materiales y tributarios, distintos a los que verdaderamente producían. En esta línea, por ejemplo, la apreciación del carácter mixto de una donación modal lleva a aplicar parcialmente los efectos propios del nego-

cio a título lucrativo y del negocio a título oneroso (frente a la pretensión de las partes de tributar en exclusiva conforme a lo previsto para los negocios a título lucrativo). También la genuina naturaleza jurídica de los derechos federativos de deportistas profesionales lleva al Tribunal a respaldar la inescindible vinculación a la relación laboral de las percepciones derivadas de su cesión, por lo que se considera a las entidades interpuestas en la cesión de tales derechos como meras mediadoras en el pago de la retribución correspondiente (salvo que se trate de la propia entidad deportiva de procedencia del deportista, que como parte en la relación laboral sí podría aparecer como titular material de los derechos).

Más discutible parece, a nuestro juicio, la utilización del principio de calificación en otras ocasiones, en las que la situación creada por los particulares, a través de las operaciones o negocios celebrados, remite más bien al "rodeo o contorno" propio del fraude a la ley o conflicto en la aplicación de la norma. En esta línea se encuentran distintos supuestos en que el Tribunal admite una calificación rectificativa incondicionada por parte de la Administración ante actuaciones materialmente artificiosas, como la cesión de derechos de imagen (como forma de utilización interpuesta de la sociedad cesionaria), la celebración de operaciones societarias de ampliación/reducción de capital (con generación *artificial* de pérdidas), así como operaciones clásicas de *lavado de cupón* o de *lavado de dividendos*, entre otras.

En materia de calificación cabe, por último, mencionar un criterio manifestado de forma ocasional por el Tribunal Supremo, pero que de imponerse podría llevar aparejadas importantes consecuencias. Consiste en atribuir el ejercicio de la función calificadora en exclusiva a la Administración tributaria, negando por tanto al obligado tributario cualquier capacidad de calificar la realidad para su subsunción en el presupuesto de la norma. Como se expone en el trabajo, consideramos que tal enfoque es erróneo, pues la calificación de los hechos es un ejercicio indispensable para la aplicación del derecho, y nadie puede negar que el ordenamiento a veces constituye al particular en aplicador de las normas durante determinadas fases del procedimiento dirigido a la realización de los tributos.

## **2. EL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA**

La jurisprudencia relativa a los presupuestos legales para la apreciación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria es, todavía a estas altu-

ras, escasa e imprecisa. Desde un punto de vista doctrinal, en esta materia posee especial interés la STS de 30-5-2011 (rec. 1061/2007, II.1.1), pues en ella se describe a la perfección el estado de cosas que llevó a la regulación de la figura del conflicto en la LGT de 2003. Una de sus principales conclusiones es que el conflicto en la aplicación de la norma posee un ámbito material más extenso que su precedente, el fraude a la ley tributaria, englobando en su seno los supuestos cuya tributación hasta entonces se venía reconduciendo en vía administrativa mediante la calificación como negocios indirectos.

Esta absorción del negocio indirecto por el presupuesto del conflicto no resuelve sin embargo de modo definitivo la indeterminación jurisprudencial sobre la delimitación del citado presupuesto, pues sigue latente la confusión entre las conductas subsumibles en éste y aquellas otras que pueden ser reconducidas a la legalidad mediante su calificación como conductas simuladas. La mejor prueba de ello es la propia jurisprudencia del Tribunal, que reconoce de modo explícito dicha confusión, admitiendo en ocasiones que, pese a concurrir el presupuesto del conflicto, no es preciso que la Administración observe las limitaciones procedimentales y punitivas previstas en relación con dicha figura cuando por el cauce de calificar el mismo supuesto como simulación puede abordarse su reconducción a la legalidad tributaria ignorando dichas limitaciones [STS de 12-11-2014 (rec. 1881/2012)].

Existe, no obstante, una línea de razonamiento dentro del propio Tribunal que, ante la evidente ambigüedad en que se desenvuelve la diferenciación entre las distintas modalidades de conducta, sostiene al menos la improcedencia de imponer sanciones en estos casos [STS de 16-12-2014 (rec. 3611/2013), así como el voto particular a la STS de 12-11-2014, antes citada]. Se invoca a tal efecto la jurisprudencia sobre el principio de prohibición de abuso del TJUE, representada por la sentencia del caso *Halifax* (STJUE de 21-2-2006), donde se declara la necesidad de que la sanción de este tipo de actuaciones elusivas se sustente en una sólida base legal, que en las situaciones cuestionadas se hallaría ausente. La situación ha dado lugar, de hecho, a la reciente admisión de un recurso de casación [ATS de 20-11-2017 (rec. 3130/2017)], que como cuestión principal deberá dilucidar si la presencia de simulación conlleva siempre la punibilidad de la conducta, y que debería también aprovechar la ocasión para trazar de manera inequívoca los perfiles del conflicto en la aplicación de la norma frente a la simulación, con objeto de aclarar de manera definitiva, al menos en abstracto, cuándo se derivan las consecuencias legales previstas para uno y otro.

### 3. FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA

La delimitación del ámbito de las conductas realizadas en fraude de ley tributaria, de acuerdo con el antiguo art. 24 LGT/1963, fue una cuestión notablemente controvertida desde el punto de vista práctico, pese a que, de manera similar a lo que sucede en la actualidad con el conflicto en la aplicación de la norma, la apreciación de su existencia podía llevar consigo consecuencias de gran relieve para los interesados. Precisamente por eso, la indefinición de la jurisprudencia acerca de los elementos diferenciadores del fraude de ley frente a otras modalidades de conducta supuso siempre un lastre para la seguridad jurídica de los contribuyentes. El Tribunal Supremo señaló algunos elementos abstractos caracterizadores de la actuación en fraude de ley, como la utilización de una norma de cobertura con el fin de eludir la aplicación de una norma tributaria más gravosa, y el carácter artificioso de la actuación de las partes, consistente en el empleo de formas jurídicas cuya función no se correspondiera con la realidad jurídico material efectivamente creada. Sin embargo, la traslación de estos rasgos diferenciadores a supuestos concretos en la práctica tuvo resultados desiguales.

A la hora de diferenciar el fraude a la ley de las conductas simuladas, de hecho, la cuestión se ha planteado muchas veces en términos similares a los que más arriba han quedado apuntados al aludir a la controvertida distinción entre conflicto en la aplicación de la norma y simulación. Es decir, se ha partido del carácter artificioso de las operaciones como base para declarar la existencia de simulación de la causa, vaciando de esa forma de contenido a nuestro juicio la propia norma reguladora del fraude a la ley.

Por cuanto se refiere a su distinción frente a las opciones legítimas menos gravadas (economía de opción), de la doctrina del Tribunal parece desprenderse en general que para apreciar fraude de ley no basta con que la actuación del sujeto revele la pretensión de obtener una ventaja fiscal. Antes bien, la existencia del fraude requiere artificio, y éste sólo puede existir cuando el conjunto del negocio pone de manifiesto que la forma empleada no produce los resultados que le son propios con arreglo a derecho, debido a la concurrencia de cláusulas, o de otros actos o negocios, que neutralizan su eficacia. Siempre que no sea así, esto es, siempre que el acto o negocio surta los efectos que le son propios de acuerdo con el ordenamiento, la obtención de una ventaja fiscal es un fin legítimo, incluso cuando constituya el móvil más relevante de las partes para llevarlo a término.



La conclusión anterior, que como se acaba de decir creemos que puede inferirse en general del conjunto de la jurisprudencia de la Sala 3<sup>a</sup>, posee gran importancia porque debe ser trasladable *mutatis mutandis* a la apreciación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria bajo la normativa vigente. Sin embargo, no se puede ocultar que se percibe, en la propia evolución de la jurisprudencia, cierta propensión a identificar la figura del fraude (del artificio) con la ausencia de motivo económico válido, lo que conduce a rechazar la licitud de la actuación del particular cuando, abstracción hecha de la ventaja fiscal perseguida, la operación realizada carece de racionalidad económica. Entendemos que ésta es una concepción exorbitante del fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma, si bien como se ha dicho se trata de un enfoque claramente visible en ciertos pronunciamientos recientes del Tribunal. En concreto, es la línea de doctrina que se percibe en relación con la mayor parte de las sentencias pronunciadas a propósito de un grupo de casos similares. En todos ellos se cuestionaba el tratamiento que había de darse a la adquisición apalancada de empresas con el resultado de generar importantes gastos financieros. En nuestra opinión, sin embargo, basar la existencia de fraude a la ley en la ausencia de racionalidad económica (como suele hacer aquí el Tribunal) supone faltar a la esencia del concepto, pues lo característico del fraude es la presencia de artificio, y una operación puede no ser artificiosa (produciendo los efectos naturales que el ordenamiento le asocia) por mucho que su resultado no se explique bajo parámetros de lógica económica distintos del propio ahorro fiscal. Otra cosa es que en estos casos concretos, además, pudiesen concurrir los elementos artificiosos propios del fraude. Dicho de otro modo, lo cuestionable no es tanto la solución en sí cuanto la forma de alcanzarla, esto es, el establecimiento de la ecuación entre fraude de ley y ausencia de motivo económico válido. De todas formas, la doctrina del Tribunal en este sentido tampoco es unánime, pues como se pone de manifiesto en el estudio existen también pronunciamientos que, en supuestos similares, declaran la legitimidad de la actuación de los sujetos.

#### **4. NEGOCIO INDIRECTO**

Como se sabe, la categoría del negocio indirecto fue otrora utilizada con prodigalidad por la Administración tributaria. Solía regularizarse, mediante su calificación como tal, el encabalgamiento de operaciones por los sujetos pasivos con la finalidad de obtener los resultados jurídicos propios de un ne-

gocio distinto gravado con más rigor. A propósito de este tipo de conductas, la conclusión más relevante que formula la jurisprudencia reciente del Tribunal es su absorción en el presupuesto del conflicto en la aplicación de la norma. En consecuencia, no cabe ya que la Administración aborde este tipo de actuaciones mediante una simple rectificación de su calificación en la vía comprobatoria ordinaria, pues se habrán de observar a tal efecto las limitaciones de procedimiento y en materia de sanciones que impone el art. 15 LGT. Hasta tal punto es así que el Tribunal ha llegado a anular las sanciones por el uso de negocios indirectos impuestas antes de la entrada en vigor del citado precepto, al entender aplicables con carácter retroactivo las limitaciones previstas en él, por tratarse de la disposición sancionadora más favorable. No obstante, creemos que esta circunstancia no destierra de manera definitiva la posibilidad de que actuaciones similares de las partes sean objeto de sanción (con el beneplácito jurisprudencial), habida cuenta de la falta de definición existente sobre la naturaleza de cada tipo de conducta y, en concreto, del riesgo de que la doctrina jurisprudencial sobre simulación de la causa acabe por absorber en esta última categoría cualquier acto u operación artificiosa, incluidos los hasta ahora denominados negocios indirectos.

## 5. SIMULACIÓN

El concepto de simulación presente en la doctrina de la Sala 3<sup>a</sup> no arroja resultados más tranquilizadores bajo el prisma de la seguridad jurídica. Para el análisis crítico de esta jurisprudencia hemos partido de una premisa que, en principio, creemos debería ser fácilmente aceptable: cuando el art. 16 LGT se refiere a la simulación de actos o negocios debe entenderse que remite al concepto de simulación forjado y perfeccionado en el ámbito del derecho común (así cuando menos parece razonable entenderlo a la luz de los criterios hermenéuticos del art. 12 LGT). Esto implicaría la necesidad de que, para apreciar simulación, quedase acreditada la ocultación por las partes de los hechos producidos, o de los negocios o contratos realmente celebrados (o de la propia inexistencia del negocio). Como es bien conocido, sin embargo, existe una línea jurisprudencial de la Sala 3<sup>a</sup> bien asentada que lleva el contenido de la figura más allá, al derivar la concurrencia de simulación del contenido de los propios actos o negocios que las partes declaran haber celebrado. El resultado se alcanza por una doble vía complementaria: la de considerar que la falta de racionalidad económica de la actuación constituye prueba indiciaria suficiente de que la misma no ha

tenido lugar (con el contrasentido que supone partir de una realidad como cierta, para concederle valor de prueba de que dicha realidad misma es inexistente), o bien la de entender que, ante esa ausencia de lógica económica puede deducirse la falsedad de la causa del negocio, lo que conduce a apreciar simulación de la causa (confundiendo así a nuestro modo de ver la causa con el propósito subjetivo de las partes).

El hecho, en suma, es que la consagración del concepto de simulación de la causa implica como ya se vio un riesgo evidente de confusión, que el propio Tribunal reconoce, entre el ámbito de la simulación y el del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Así las cosas, y ante la aparente dualidad de regímenes legales para abordar una misma conducta (informe preceptivo y limitación de sanciones, para el conflicto [art. 15 LGT]; declaración incondicionada en el procedimiento probatorio y aplicación de las sanciones pertinentes, para la simulación [art. 16 LGT]), la Administración suele ignorar las limitaciones previstas para la declaración de conflicto, optando, con el beneplácito de la jurisprudencia, por la simple declaración de simulación en el procedimiento de comprobación, así como por la adopción de las medidas sancionadoras correspondientes sin sujetarse a ninguna limitación especial. Genera cierta inquietud además, bajo la perspectiva de la seguridad jurídica, el hecho de que en diversas ocasiones la Sala 3ª haya sugerido que la apreciación de una u otra modalidad de conducta (simulación o conflicto) depende por entero de la valoración del órgano administrativo o del Tribunal de instancia (siempre y cuando una y otra sean suficientemente razonadas), evitando así establecer un criterio homogéneo para deducir unas u otras consecuencias frente a conductas idénticas.

Por nuestra parte, consideramos que en ausencia de ocultación fáctica no debería ser posible apreciar el carácter simulado de la conducta. No obstante, una vez aceptado (de acuerdo con esta jurisprudencia) que una misma actuación es constitutiva a la vez de simulación de la causa y de artificio o conflicto, entendemos que las consecuencias legales previstas en los arts. 15 y 16 LGT no resultan incompatibles, por lo que debería exigirse la observancia de ambos preceptos. Así, de acuerdo con el art. 15.2, el carácter artificioso de la conducta debería declararse en un informe específico de la Comisión consultiva prevista en el art. 159 LGT, sin que puedan imponerse sanciones (o, en todo caso, bajo las condiciones previstas en el nuevo art. 206 bis LGT); del mismo modo, y de acuerdo ahora con el art. 16, el carácter simulado de la conducta en cuestión podrá ser declarado en el acto

de liquidación, gravándose el hecho imponible efectivamente realizado (que será el que resulte del informe correspondiente, previsto en el art. 15.2), y aplicándose las sanciones pertinentes, es decir, la sanción que, de acuerdo con las condiciones del art. 206 bis LGT, pueda proceder (y, bajo la normativa anterior a la Ley 34/2015, ninguna sanción).

A propósito del tratamiento de las operaciones simuladas, queda por último pendiente una cuestión de la mayor relevancia, como es dilucidar si la declaración de simulación debe implicar de manera automática la punibilidad de la conducta, toda vez que en su acepción clásica el concepto presupone siempre cierto grado de culpa inherente a la falsedad u ocultación. Las dudas se agravan al respecto toda vez que, de acuerdo con la línea doctrinal de la Sala 3ª sobre simulación de la causa, la conducta simulada no siempre lleva consigo una ocultación fáctica. Basándose en esta indefinición, algunas sentencias del Tribunal Supremo han cuestionado el tradicional automatismo en la imposición de sanciones en estos casos, ante la ausencia de una sólida base legal a tal efecto (según la exigencia del TJUE). En el momento actual se encuentra, de hecho, admitido a trámite un recurso de casación [ATS de 20-11-2017 (rec. 3130/2017)], cuya finalidad principal es dar respuesta a la indicada cuestión.

## **6. LA CLÁUSULA ANTIABUSO EN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD**

Como última estación del recorrido por la jurisprudencia sobre cláusulas antiabuso hemos creído oportuno detenernos en el análisis del concepto de “fraude o evasión”, así como de la influencia que en su apreciación puede tener la ausencia de “motivos económicos válidos”, como presupuesto de la cláusula excluyente del régimen de neutralidad o diferimiento. Aunque se trata de una cláusula específica, su notable incidencia en la práctica, ante la abundancia de reestructuraciones societarias que reclaman para sí la aplicación del citado régimen, la hace merecedora de un apartado específico dentro de nuestro análisis.

De manera muy resumida, entre las principales conclusiones alcanzadas destaca la constatación de que el Tribunal Supremo reconoce al término “fraude o evasión” un significado autónomo en este contexto, absolutamente dependiente de la regulación de la Directiva 2009/133, y de la interpretación que de la misma ha hecho el TJUE. Así pues, se considera que la reestructuración se ha realizado con fines de fraude o evasión, siempre que el

propósito principal o exclusivo de la misma haya sido la obtención de una ventaja fiscal. Dicha circunstancia puede presumirse por la Administración cuando la aplicación del régimen reporte a las partes una tributación favorable y no se aprecien motivos económicos válidos capaces de desvirtuar el carácter prevalente de la finalidad fiscal. Bajo estas premisas, la exclusión del régimen procedería en los supuestos de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma (donde el propósito fiscal siempre es claramente predominante), pero también en determinados supuestos que, de no existir la cláusula antielusiva específica, constituirían una alternativa legítima o, si se quiere, una "economía de opción" (operaciones societarias llevadas a cabo con la finalidad principal de obtener un ahorro tributario, pero plenamente regulares y cuyos efectos materiales son plenamente aceptados por las partes, por lo que no cabe apreciar en ellas ningún elemento artificioso).

Establecida en estos términos la concepción autónoma del objetivo de fraude o la evasión, queda sin embargo pendiente de discernir lo que deba entenderse como ventaja fiscal. En nuestra opinión, si la única consecuencia tributaria favorable para un sujeto derivada del régimen de neutralidad es la no sujeción de las plusvalías latentes, no cabe hablar de ventaja fiscal a estos efectos. En tal caso, si además la reestructuración se ha llevado a cabo de manera regular, sin la concurrencia de artificio, el motivo económico válido debe presumirse, por lo que no puede entrar en juego la cláusula antielusiva excluyente del régimen. A nuestro modo de ver, esta conclusión resulta plenamente coherente con la jurisprudencia de la Sala 3ª, como hemos tratado de evidenciar, pues la apreciación del propósito de fraude o evasión se vincula siempre por el Tribunal a la obtención de ventajas tributarias adicionales al mero diferimiento, derivadas del conjunto de actuaciones previas, coetáneas y posteriores, que rodean la reestructuración.

En último término, la jurisprudencia objeto de análisis pone de relieve una cuestión de sumo interés en relación con la cláusula antielusiva específica del régimen de neutralidad. Se trata de determinar si la regularización practicada en estos casos puede llevar aparejada la imposición de sanciones. Frente a una postura inicial contraria a la adopción de medidas punitivas, el Tribunal Supremo ha ido evolucionando hasta aceptar, primero como mera hipótesis, la posibilidad de sancionar y, últimamente, respaldar la imposición concreta de sanciones, siempre que concurren los elementos constitutivos del tipo infractor y, en particular, cuando el supuesto se ha considerado constitutivo de simulación. Lo que, habida cuenta de las dudas

antes expuestas sobre el concepto jurisprudencial de simulación, y su distinción de otras conductas que no implican ocultación de la realidad, introduce también en este ámbito un elemento preocupante de incertidumbre sobre las posibles consecuencias de cada operación.

## **7. LA OPCIÓN POR LA ALTERNATIVA FISCALMENTE MÁS FAVORABLE (ECONOMÍA DE OPCIÓN)**

Llegados a este punto, queda por explorar el ámbito de las actuaciones legítimas dirigidas a obtener el tratamiento tributario más favorable (economías de opción). En todo caso, a nuestro juicio, el análisis de la jurisprudencia viene a poner de manifiesto, en general, que la actuación del contribuyente debe considerarse plenamente válida si sus resultados, en términos jurídicos, se corresponden con la función natural que el ordenamiento atribuye a los actos u operaciones celebrados. Cumpliéndose esta condición, la obtención de una ventaja fiscal debería por tanto considerarse lícita, incluso si se trata de la principal motivación subjetiva de las partes al llevar a cabo su actuación. No obstante, y aunque a nuestro modo de ver la concepción señalada es la que puede considerarse implícita por lo común en las afirmaciones del Tribunal sobre la cuestión (muchas veces, ciertamente, *obiter dicta*), no faltan pronunciamientos que parecen responder a una línea más estricta, concretada en la exigencia de que la realización de los actos u operaciones esté justificada por razones de lógica o eficiencia económica, distintas del ahorro impositivo, pues de lo contrario se aprecia la existencia de conflicto en la aplicación de la norma, cuando no simulación.

En resumidas cuentas, también por lo que se refiere a las posibilidades de opción por una alternativa fiscalmente más favorable se constatan criterios divergentes en el Tribunal, agravando de este modo las dificultades existentes para predecir con certidumbre las consecuencias de una determinada opción negocial, con el consiguiente plus de perjuicio a la seguridad jurídica de los particulares.

## **OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS: TRATAMIENTO DE OPERACIONES TÍPICAS Y CONSECUENCIAS DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN**

Una vez desarrollado el grueso del estudio, y establecidas las conclusiones pertinentes acerca del ámbito de las distintas conductas susceptibles de ser abordadas mediante las distintas cláusulas antielusivas, el trabajo se culmina con dos apartados adicionales que complementan sus resultados. El primero se dedica a examinar el tratamiento concreto que el Tribunal Supremo viene dispensando en relación con las operaciones o modalidades negociales más comunes. Se glosan a tal efecto los criterios expresados en su jurisprudencia para la calificación de los distintos tipos de actuación y para el establecimiento de sus consecuencias tributarias (uso de sociedades instrumentales; transmisión indirecta de elementos patrimoniales; operaciones societarias combinadas de ampliación/reducción de capital, distribución de reservas, transmisión de derechos de suscripción, etc.; adquisición apalancada de empresas; y reestructuraciones societarias pretendidamente acogidas al régimen de neutralidad).

Cierra el estudio una valoración de las consecuencias que la nueva regulación del recurso de casación viene ya desplegando en lo que respecta a la formación de jurisprudencia por parte de la Sala 3ª. Un primer sondeo de la situación pone en evidencia, por una parte, la notable disminución del número de sentencias, en particular, en relación con el tratamiento de las conductas elusivas de los tributos. La situación lleva consigo, por otra parte, cierto reforzamiento del papel de las instancias inferiores y, en especial, de la Audiencia Nacional. Se incluye para terminar, una referencia a los principales pronunciamientos del citado órgano producidos desde la entrada en vigor del nuevo régimen de la casación, el 22 de julio de 2016, si bien no se aprecia en ellos la aparición de cuestiones, o la adopción de enfoques, especialmente novedosos.





# **BIBLIOGRAFÍA**



**ALONSO MURILLO, F.:** *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria*, AEDAF Monografías, núm. 9 (2016).

**CALVO VÉRGEZ, J.:** «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*, núm. 81, noviembre (2013).

**CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.:** *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España (1998).

**DE CASTRO, F.** «El negocio jurídico», *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, tomo X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid (1971).

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

**FALCÓN Y TELLA, R.:** «Los "bonos austríacos": algunas consideraciones sobre la reforma del convenio de doble imposición», *Quincena Fiscal*, núm. 19 (1995).

- «La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, núm. 4 (2001).
- «Economía de opción, fraude de ley y simulación: al hilo de la STS 30 mayo 2011», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 833 (2011).
- «Reducción de capital con devolución de aportaciones y ampliación con cargo a reservas (STS 30 mayo 2011): ¿dividendos?», *Quincena Fiscal*, núm. 19 (2011), BIB 2011\1632.

**GARCÍA BERRO, F.:** «Sobre los modos de enfrentar la elusión tributaria

y sobre la jurisprudencia tributaria en materia de simulación», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 145 (2010).

- «Los anteproyectos para la reforma tributaria. Más sombras que luces», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 163 (2014), BIB 2014\2915.
- «La cláusula antiabuso en el régimen de neutralidad y pautas para su aplicación tras la intervención del Tribunal Supremo», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 393 (2015).

**GARCÍA NOVOA, C.:** «La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 54 (2001).

**GARCÍA PRATS, F.A.:** «Las medidas anti-abuso y el Derecho comunitario» en *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, obra colectiva, IEF, Madrid (2002).

**HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.:** «La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 41 (2017).

**LINARES GIL, M.I.:** «El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», en *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria. Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*, obra colectiva, Instituto de Estudios Fiscales (2004).

**PALAO TABOADA, C.:** *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, obra colectiva, Centro de Estudios Financieros (2004).

- «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 235 (2002).

**PÉREZ ROYO, F.:** «La doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)», *Quincena Fiscal*, núm. 10 (2005), BIB 2005/1119.


**PITA GRANDAL, A. y ANEIROS PEREIRA, J.:** «La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española», *Crónica Tributaria*, núm. 144 (2012).

**RAMÍREZ GÓMEZ, S.:** «La simulación en el ámbito tributario: estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia reciente», *Quincena Fiscal*, núm. 8 (2017), BIB 2017\11025.

**SANZ GADEA, E.:** «Medidas antielusión fiscal», *Instituto de Estudios Fiscales*, Documento núm. 8, (2009).

**SOLER ROCH, M.T.:** «Las normas antiabuso generales y especiales», en AA.VV., *VII Jornada metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros*, obra colectiva, Instituto de Estudios Fiscales (2011).

**ZORNOZA PÉREZ, J.:** «La simulación en Derecho tributario», en *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo I, Aranzadi (2010).



La Fundación Impuestos y Competitividad está comprometida con la investigación en materia tributaria con la finalidad última de mejorar el sistema fiscal español; asumiendo que éste no se identifica en exclusiva con las normas que integran el ordenamiento tributario, sino que incluye la práctica de aplicación de las distintas figuras impositivas, práctica en la que asumen protagonismo fundamental la Administración Tributaria y los Tribunales.

Ese enfoque lleva de manera natural al interés por los fallos del Tribunal Supremo, de modo particular en aquellos supuestos en que constituye argumento esencial de las liquidaciones efectuadas por la Administración Tributaria, objeto del correspondiente litigio, la existencia de una conducta intencionada del contribuyente tendente a la minoración de la carga fiscal; siendo esa intención y no el quebrantamiento flagrante de la norma tributaria, en su literalidad, elemento esencial de la regularización efectuada.

Esa perspectiva ha sido perfectamente asumida por el autor del trabajo, el profesor García Berro, no en vano cuando da cuenta del objetivo de su trabajo, manifiesta:

*“Se ha efectuado un análisis exhaustivo de toda la producción jurisprudencial en la citada materia y ámbito jurisdiccional, sistematizando los pronunciamientos más significativos...”*

*El propósito... es proporcionar un instrumento de fácil manejo cuya función es servir de apoyo en la labor de estudio y análisis de la extensa jurisprudencia existente en el ámbito de las conductas elusivas del tributo...*

*... aportar un plus de información útil a los contribuyentes en general, y a las empresas en particular, en relación con su preocupación por ordenar sus negocios de la forma más segura y, en lo posible, libre de sobresaltos motivados por las eventuales respuestas administrativas frente al modo de cumplimiento de sus obligaciones tributarias”.*

*Como podrá comprobarse, a medida que se vaya avanzando en el recorrido que ahora se inicia, existen amplias zonas de incertidumbre, ...el primer perjudicado por este hecho es el valor de la seguridad jurídica. Un valor que, a veces malentendido, y muchas otras insuficientemente atendido por los poderes públicos en las distintas facetas del fenómeno jurídico tributario... constituye a nuestro modo de ver... una de las preocupaciones capitales del derecho tributario en el momento actual.”*

ISBN: 978-84-09-05265-3



Editor:



**P.V.P.: 20 euros  
(IVA incluido)**