



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Análisis del Régimen de Neutralidad Fiscal en el Impuesto de Sociedades

Autor

Guillermo Pradas Tirado

Directora

Olga Carreras Manero

Facultad de Derecho/ Universidad de Zaragoza

2023/2024

Autor del trabajo: Guillermo Pradas Tirado

Director del Trabajo: Olga Carreras Manero

Título del trabajo: Análisis del Régimen de Neutralidad Fiscal en el Impuesto de Sociedades

Titulación: Programa conjunto en Derecho-Administración y Dirección de Empresas

RESUMEN

El presente trabajo lleva a cabo un análisis exhaustivo del régimen de neutralidad fiscal contenido en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. En concreto, trata de dar una visión sobre la evolución normativa y jurisprudencial, tanto en el panorama nacional, como en el contexto europeo y con especial mención a la doctrina anglosajona. Éste régimen especial, que afecta a ciertas operaciones de reestructuración societarias, conlleva una serie de implicaciones fiscales, en las que destaca el diferimiento tributario. Asimismo, se muestran las distintas posiciones a la hora de poder aplicar éste régimen de neutralidad fiscal, las cuales abordan la existencia de motivos económicos válidos con el fin de evitar el fraude o la evasión fiscal.

Abstract:

This project carries out an exhaustive analysis of the tax neutrality regime contained in Law 27/2014, of 27 November, on Corporate Income Tax. Specifically, it attempts to provide an overview of the regulatory and jurisprudential developments, both in Spain and in the European context, with particular reference to Anglo-Saxon doctrine. This special regime, which affects certain corporate restructuring operations, entails a series of tax implications, including tax deferral. It also shows the different positions on the application of this tax neutrality regime, which deal with the existence of valid economic motives in order to avoid tax evasion or avoidance.

ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional

BINs: Bases imponibles negativas

CC: Código Civil

DGT: Dirección General de Tributos

IIVTNU: Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

IRC: Internal Revenue Code (Código americano interno sobre beneficios)

IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

IRPNR: Impuesto sobre la Renta de las Personas No Residentes

IS: Impuesto sobre Sociedades

LIS: Ley del Impuesto sobre Sociedades

LGT: Ley General Tributaria

LME: Ley de Modificaciones Estructurales

M&A: Mergers and Acquisitions (fusiones y adquisiciones)

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

RIS: Reglamento del Impuesto sobre Sociedades

TEAC: Tribunal Económico Administrativo Central

TRLIS: Texto Refundido Ley Impuesto sobre Sociedades

UE: Unión Europea

ÍNDICE

I. Introducción	5
1. Cuestión tratada en el trabajo fin de grado	5
2. Razón de la elección y justificación de su interés	6
3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.....	6
II. Análisis de la regulación del régimen especial de neutralidad fiscal	7
1. Ideas previas	7
2. Operaciones acogidas al régimen especial de neutralidad fiscal.....	10
3. Implicaciones fiscales	12
4. Obligaciones formales	18
III. La conveniencia en la aplicación del régimen de neutralidad fiscal	21
1. Motivos económicos válidos y evasión fiscal	21
2. Legitimidad e inherencia de ventajas fiscales	26
3. Falta de proporcionalidad cualitativa	29
4. Criterio finalista e integrador.....	31
IV. Cláusulas antiabuso en la Unión Europea y en Derecho Comparado	37
1. Aplicación cláusulas antiabuso en la Unión Europea	37
2. Consolidación de la doctrina sobre el abuso de derecho en la Unión Europea... 41	
3. Análisis del derecho Comparado	45
V. Conclusiones	48
VI. Bibliografía	50

I. Introducción

1. Cuestión tratada en el trabajo Fin de Grado

El presente Trabajo de Fin de Grado analiza el régimen de neutralidad fiscal o régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial. Éste, se conoce formalmente como «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambios de domicilio», regulado en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de Impuesto sobre Sociedades.

Se trata de delimitar el ámbito de aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal, analizando, previamente, de una manera simplificada, las operaciones societarias sujetas a dicho régimen. Situado el contexto y comentadas las correspondientes obligaciones formales para la debida sujeción a este régimen, conviene resaltar las implicaciones fiscales más significativas que pueden derivar de su correcta aplicación, resaltando el diferimiento de la tributación.

A su vez, se va a proceder a interpretar y delimitar lo que realmente se corresponde con un «Motivo Económico Válido», concepto estipulado en el artículo 89.2 de la Ley de Impuestos sobre Sociedades, el cual busca garantizar que la operación en cuestión no persiga meramente una ventaja, fraude o evasión fiscal.

Por último, cabe establecer una comparativa con el Derecho de la Unión Europea y las novedades más significativas llevadas a cabo por algunos de los estados miembros, concretamente, en lo que a la aplicación de las cláusulas antiabuso respecta. Es más, en aras de implementar una visión global, acerca de las particularidades de esta normativa, se va a tratar de analizar las características más significativas en el derecho anglosajón.

2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés

En el panorama actual, tomando en especial consideración la última crisis económica generada por la pandemia, el número de reestructuraciones societarias se ha visto notablemente incrementado con el objetivo de poder sobrevivir y evitar agravar los efectos generados. Las reestructuraciones de empresas son herramientas claves para poder optimizar la estructura corporativa y poder adaptarse a cambios en el mercado.

Sin embargo, en ocasiones se plantean operaciones de reestructuración de empresas sin estudiar debidamente las implicaciones fiscales que pueden derivar. Por ello, conviene analizar previamente las consecuencias fiscales y valorar el régimen fiscal a encuadrar. Este tipo de operaciones pueden implicar sociedades altamente valoradas, acarreando consecuencias tributarias bastante cuantiosas. Comprender el régimen fiscal asociado puede ser crucial para las empresas en aras de facilitar la planificación fiscal y maximizar los beneficios tributarios dentro del marco legal.

3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

Con el fin de analizar debidamente las cuestiones planteadas anteriormente, el presente trabajo se ha llevado a cabo con la metodología siguiente:

- Análisis del entramado normativo contenido en la Ley del Impuesto sobre Sociedades y 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 realizadas entre sociedad de diferentes Estados Miembros.
- Consulta de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo, los distintos Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional sobre las distintas controversias suscitadas en la conveniencia de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- La postura del TEAC resulta esencial a la hora de valorar el comportamiento de las inspecciones sobre este tema. Asimismo, se analizan las Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos.

- Los artículos de los principales expertos en la materia y de los despachos más reputados en el ámbito tributario, tanto nacional, como internacional.

II. Análisis de la regulación del régimen de especialidad de neutralidad fiscal

1. Ideas previas

Las operaciones de reestructuración empresarial suponen mecanismos clave para la reorganización y optimización de estructuras corporativas. Las importantes transmisiones patrimoniales que estas conllevan, implican, a su vez, importantes consecuencias fiscales derivadas de las plusvalías generadas, principalmente. En este contexto, el Principio de Neutralidad Fiscal juega un papel muy relevante, en concreto, trata de asegurar que los impuestos se diseñen y apliquen en aras de minimizar su impacto en el comportamiento de los operadores económicos, permitiendo que las decisiones relativas a la inversión, producción o el consumo se tomen considerando factores económicos reales, y no en base a cargas fiscales.

En la misma línea, la exigencia de neutralidad fiscal se engloba dentro del principio de neutralidad fiscal, tratando de aplicar el mismo a través de la legislación, políticas tributarias y decisiones judiciales. Así, debe implementarse un sistema tributario que respete el principio de neutralidad, alejándose de propiciar distorsiones en el mercado y procurando asegurar un trato equitativo entre los contribuyentes. En el panorama de las operaciones de reestructuración empresariales (M&A), la exigencia de neutralidad fiscal se materializa en el diferimiento de las plusvalías generadas, con el objetivo de no penalizar fiscalmente estas operaciones neutrales desde un punto de vista económico.

A su vez, el Tribunal Supremo, remarca la importancia del principio de neutralidad fiscal, concretamente, respecto a su aplicación en las operaciones de reestructuración, en su sentencia del 27 de mayo de 2013¹, afirma que la neutralidad fiscal «tiene un

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1668/2011 y Roj 2588/2013).

objetivo instrumental, en el ámbito de la Unión Europea, encaminado a incentivar o, al menos, a no interferir las operaciones societarias, sean transfronterizas o no, presuponiendo ontológicamente que se trata de empresas que, como consecuencia de la operación neutral, van a continuar ejerciendo la actividad económica del modo definido por la operación de que se trate, en este caso la escisión, pero no puede amparar que los particulares se acojan a beneficios fiscales».

La normativa española sobre el IS diferencia dos regímenes que gravan las rentas resultantes de este tipo de operaciones. Por un lado, se establece el régimen general, regulado en los artículos 17 a 20 de la LIS, donde se determinan las reglas de valoración en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias, operaciones entre personas y entidades vinculadas, tomando como referencia el valor de mercado, además de los cambios de residencia y operaciones que involucran a entidades o personas residentes en paraísos fiscales.

Por otra parte, en el Capítulo VII del Título VII de la LIS, comprendido en los artículos 76 a 89, se regula el régimen especial, objeto de análisis en el presente trabajo. Se denomina «*Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea*».

Bajo este régimen, se permite diferir la tributación de las ganancias generadas por estas operaciones hasta una ulterior enajenación de los bienes o valores recibidos, evitando que se devengue el impuesto sobre las plusvalías en el momento de la reestructuración. Asimismo, los bienes recibidos por las sociedades adquirentes mantendrían en estas el mismo valor fiscal que poseían en la transmitente, y las nuevas participaciones de los socios se valorarían igualmente por el mismo valor de adquisición. Contrariamente, el régimen general, incluye en la base imponible del sujeto pasivo, la diferencia entre el valor fiscal de adquisición y transmisión de los elementos que forman parte del patrimonio en el proceso de reestructuración.

El origen de este régimen de neutralidad fiscal se sitúa en la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre², cuya finalidad consiste en que la fiscalidad no suponga un freno ni un estímulo a la hora de tomar decisiones sobre las operaciones de reorganización en el ámbito de las empresas, cuando la causa que impulsa estas reestructuraciones se sustenta en motivos económicos válidos. El régimen de neutralidad es regulado, por vez primera, en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio.³ Dicha normativa fue sucesivamente sustituida por las distintas versiones legales reguladoras del IS, hasta desembocar en las disposiciones actualmente en vigor de la LIS (capítulo VII del título VII, arts. 76 al 89 inclusive).

Cabe recalcar que el régimen previsto en la Directiva 2009/133 engloba las operaciones de reestructuración que afecten a entidades establecidas en distintos Estados miembros. De todas formas, el legislador español, al incorporar en el ordenamiento estatal lo previsto en esta materia por la UE, previó desde un primer momento su aplicación en idénticas condiciones a las operaciones exclusivamente internas. En consecuencia, las condiciones y requisitos de aplicación del régimen especial, además de los casos de exclusión, deben interpretarse conforme a lo previsto en la Directiva de la UE⁴, comprendiendo supuestos de reestructuración transnacionales como aquellas relativas a sujetos residentes en territorio español.

Es más, el Tribunal Supremo recalca la necesidad de interpretar los preceptos de la LIS de acuerdo con la Directiva. En concreto, en su Sentencia del 24 de enero de 2013⁵ el referido tribunal concluye que la correcta adecuación de una operación de

² Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro.

³ Directiva 90/434/CEE del Consejo de 23 de Julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

⁴ SANZ GÓMEZ, R.J: *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas Thomson-Reuters (2012), págs. 126-144.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero 2013, de la Sala de lo Contencioso (Nº de recurso 1847/2010 y Roj 365/2013).

reestructuración al régimen especial de neutralidad viene reflejada en la norma interna, según la interpretación que de ella resulte, a tenor de lo previsto en la Directiva, la cual actúa como un elemento interpretativo privilegiado a tal efecto.

2. Operaciones acogidas al régimen especial de neutralidad fiscal

Antes de comenzar a analizar las implicaciones fiscales que conlleva el régimen que ocupa nuestra atención en estos momentos, considero conveniente realizar, siquiera de forma breve, una mención a las operaciones acogidas al mismo, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 76 de la LIS y son las siguientes:

Fusión, la cual comprende la unión de dos o más sociedades, donde una o varias se disuelven sin liquidarse y transmitiendo a otra sociedad existente o de nueva creación. Esta última entidad, la absorbente, asume los derechos y obligaciones de las disueltas. Se les atribuye a los socios de la compañía absorbida participaciones en el capital social de la entidad absorbente.

Existen varios tipos de fusión, las denominadas «típicas», expuestas en el artículo 23, puntos primero y segundo de la LME y en el artículo 76.1 apartados a, b, c de la LIS. Concretamente, se trata de la fusión por creación, la cual conlleva la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la correspondiente transmisión de los patrimonios sociales a la nueva sociedad. A su vez, se prevé la fusión por absorción, la cual supone la integración de una o más entidades en otra ya existente. Sin embargo, conviene tomar en consideración otro tipo de fusiones más «atípicas», recogidas en los artículos 49 y ss. de la LME, tales como la fusión impropia, la inversa, la fusión de sociedades hermanas o gemelas, la sociedad participada al 90% y la operación asimilada a la fusión.

Escisión, consiste en la división de una sociedad, la cual se disuelve sin liquidarse, traspasando su patrimonio a varias sociedades ya existentes o de nueva creación. Por un lado, se encuentra la escisión total, donde el patrimonio de una sociedad se divide entre dos o más sociedades. La sociedad original deja de existir tras la operación. Cada una de las sociedades beneficiarias recibe una parte del patrimonio, derechos y obligaciones de la escindida. Los socios o accionistas de la sociedad original reciben participaciones o acciones en las sociedades beneficiarias en proporción a sus

derechos en la sociedad escindida. Mientras en la escisión parcial, la sociedad escindida continúa operando, pero con un patrimonio más reducido, ya que parte de que el mismo es traspasado a otras sociedades.

Conviene recalcar que las operaciones de escisión, en diversas ocasiones, complementan a las operaciones de fusión, combinándose con estas últimas. Sin embargo, es importante remarcar que la escisión supone una disgregación de fuerzas económicas consistente en la separación del patrimonio de una entidad en varias partes, mientras que las operaciones de fusión, se entiende como el proceso inverso, una concentración empresarial⁶.

Aportación no dineraria, denominada también como aportación en especie, hace referencia a la contribución de bienes o derechos (distintos de dinero) al capital social de una empresa. Estas aportaciones comprenden desde activos tangibles, tales como inmuebles, maquinaria, vehículos, hasta intangibles como pueden ser patentes, derechos de autor o «know-how». Estas aportaciones se tornan fundamentales en la formación y desarrollo de las sociedades, permitiendo a los socios contribuir con recursos distintos al efectivo. Este tipo de operaciones se suelen instrumentar como una ampliación de capital de una entidad, que suscribe otra sociedad aportando a dicha ampliación un bien o una rama de actividad de su patrimonio.

Mientras que la **Aportación de Rama de Actividad** implica la transferencia de un conjunto de bienes y derechos, con sus obligaciones asociadas, de una sociedad a otra, como parte del capital social. La rama de actividad, definida como «unidad económica autónoma», se caracteriza por ser un conjunto organizado de recursos con capacidad para realizar una actividad empresarial por sí misma. Se trata de un concepto indeterminado, sin mención alguna en la regulación, de todas maneras, se entiende que en dicha unidad patrimonial se han de integrar todos los elementos que puedan constituir un «soporte físico suficiente para su funcionamiento de forma autónoma»⁷.

La transmisión de la rama de actividad engloba también, los pasivos que estén afectos a estas ramas de actividad. La LIS permite la transmisión de esta deuda, excluyendo

⁶ LARGO GIL, R. *Derecho mercantil I, El empresario, empresario individual y derecho de sociedades*, Vol. II, 5^a edic., Kronos, Zaragoza, 2019, p. 267.

⁷ NAVARRO EGEA, M, *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 88.

la obligación del sujeto pasivo, pero debiendo ser contraídos para la organización o funcionamiento de los elementos de la rama de actividad que se transmite.

El **canje de valores** representativos del capital social se refiere a una operación en la que una entidad adquiere una participación mayoritaria o aumenta su participación existente en el capital social de otra entidad. Esto se hace intercambiando valores de la entidad adquirente por los de los socios de la entidad adquirida. Además, puede incluirse una compensación en dinero que no supere el 10% del valor nominal de los valores intercambiados o, si estos no tienen valor nominal, de un valor equivalente deducido de la contabilidad.

El **cambio de domicilio social**, el cual supone fiscalmente, una transmisión de activos a una sociedad no residente. En caso de que la entidad española que traslade su domicilio social a otro Estado miembro, afecte los bienes y derechos que dispone en España a un establecimiento permanente en el país, procede aplicar el régimen de neutralidad fiscal.

El art 76.7 de la LIS comprende el traslado al extranjero del domicilio de las sociedades españolas y de traslado a España del domicilio de sociedades extranjeras, quedando sometidas, ambos casos, a lo dispuesto en los Tratados o Convenios internacionales vigentes en España y en los artículos 92 a 103 de la LME. Es más, el cambio de domicilio social con la posibilidad de mantener la personalidad jurídica, únicamente será posible cuando tanto el ordenamiento de origen, como el de destino, lo permitan⁸.

3. Implicaciones fiscales

Exuesta la normativa aplicable y el tipo de operaciones que pueden acogerse a este régimen de neutralidad fiscal, conviene atender a las implicaciones fiscales que conlleva la aplicación de dicho régimen especial. En concreto, su regulación se encuentra establecida a partir del artículo 77 y siguientes de la LIS.

⁸ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Lecciones de derecho mercantil*, V. I, 16^a edic., Civitas, Pamplona, 2018, p. 402.

La razón de ser de estas implicaciones fiscales subyace de la intención del legislador en evitar que el factor fiscal no suponga un inconveniente a la hora de emprender este tipo de reestructuraciones. En aras de aplicar el principio de neutralidad fiscal, se aboga por un papel neutral del régimen fiscal en este tipo de operaciones en las cuales entran en juego activos de alto valor, con las implicaciones fiscales que esto conlleva.

Una de las principales y más relevantes características a tomar en consideración es el diferimiento de la tributación. A través de esta figura se pretende incentivar la economía, evitando que el factor fiscal suponga un obstáculo y permitiendo posponer en el tiempo la tributación, pero en ningún caso aplicando exención alguna.

En este tipo de reestructuraciones tiene lugar una transmisión de activos de una sociedad a otra, generándose las rentas correspondientes. Sin embargo, acogiéndose a este régimen, se permite a las entidades diferir la tributación de las plusvalías generadas en el momento, tanto en los bienes transmitidos por las entidades implicadas en la reestructuración como en las participaciones en tales sociedades, es más, estas rentas no se integran en la base imponible de la sociedad transmitente. La tributación correspondiente de las plusvalías mencionadas sólo tendrá lugar al llevarse a cabo una ulterior enajenación de los bienes o valores recibidos a cambio por parte de los titulares. Además, las entidades adquirentes valorarán los bienes recibidos por el mismo valor fiscal que poseían en la sociedad transmitente, y las nuevas participaciones de los socios van a ser valoradas por el mismo valor de adquisición que tuviera a efectos fiscales para estos los títulos entregados.

En la misma línea, el diferimiento característico de este régimen también se dibuja en otros impuestos. En concreto, en las transmisiones que pudiesen tener lugar respecto a los terrenos urbanos resultantes de estas reestructuraciones societarias, no se produce el devengo del IIVTNU. Así se expone en la Disposición adicional segunda de la LIS, cuando la transmisión de estos terrenos derive de operaciones a las que resulte aplicable el régimen regulado en el Capítulo VII del Título VII de la LIS, a excepción de los terrenos que no se hallen integrados en una rama de actividad. Por último, en una ulterior enajenación de los terrenos, para computar el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor del terreno,

este período no se interrumpe por causa de la transmisión derivada de las operaciones acogidas al régimen de neutralidad fiscal.

Asimismo, se establece la no sujeción de cualquier otra transmisión derivada del proceso al concepto Operaciones Societarias, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 19.2. 1º y 21 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y la exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados, según lo expuesto en el artículo 45.1 B). 10º. del mismo texto⁹.

La LIS, en su artículo 77, establece una serie de particularidades características en este régimen de neutralidad fiscal. En concreto, permite al contribuyente dejar de integrar una serie de rentas en la base imponible del IS en diferentes supuestos especiales.

El primer supuesto que permite el diferimiento tributario aborda las rentas derivadas de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos situados en el mismo. En el caso de que la sociedad adquirente resida en el extranjero únicamente se excluyen de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos activos procedentes de un establecimiento permanente en territorio español. A efectos aclaratorio, según el artículo 5.1 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, se entiende como establecimiento permanente, aquel lugar fijo de negocios establecido en un lugar determinado y con cierto grado de permanencia, mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad. Esto refleja, que las personas que de un modo u otro dependen de la empresa, realizan las tareas de la compañía en el Estado en el que se sitúa este lugar fijo¹⁰.

⁹ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Publicado en: «BOE» núm.251, de 21/10/1993

¹⁰ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Versión abreviada del 22 de julio de 2010. IEF. Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. Comentarios al artículo 5 relativo a la definición de establecimiento permanente, apartado 1.

En la letra b) del mismo artículo 77 se fijan las rentas procedentes de las transmisiones desde una entidad residente en territorio nacional a una sociedad residente en un Estado miembro de la Unión Europea, de establecimientos permanentes situados en ese estado miembro. Seguidamente, en la letra c) se incluyen las rentas que se pongan de manifiesto por la transmisión llevada a cabo entre entidades residentes en España, de establecimientos permanentes localizadas en el territorio de otros estados no pertenecientes a la Unión Europea en favor de sociedades residentes en territorio nacional. En la letra d), se fijan aquellas rentas derivadas de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en España, de establecimientos permanentes situados en territorio español. En el caso de que la sociedad adquirente resida en el extranjero únicamente se van a excluir de la base imponible y, por ende, va a suponer el diferimiento de la tributación, las rentas procedentes de la transmisión de elementos afectos a establecimientos permanentes situados en España.

Por último, se van a excluir de la base imponible, según la letra e), aquellas rentas generadas por la transmisión de participaciones en entidades residentes en territorio español realizadas por sociedades no residentes a entidades residentes en el mismo territorio que la transmitente o en un estado de la Unión Europea. Se deben cumplir los siguientes requisitos, por la entidad transmitente y adquirente, en el caso de la transmisión a entidades residentes en la Unión Europea;

-Cumplir con el término de sociedad de un Estado miembro, según la lista de sociedades expuesta en el Anexo I, Parte A de la Directiva 2009/133/CE.

-Estén sujetas, sin posibilidad de opción y sin estar exentas a alguno de los impuestos recogidos en la Parte B del Anexo I de la misma Directiva.

A continuación, en los artículos 78 y 79 de la LIS, se determina la valoración de los bienes y de las acciones o participaciones entregadas a cambio de la aportación de elementos. Acorde con lo establecido en dichos preceptos, los bienes y derechos adquiridos se van a valorar tomando como referencia el valor fiscal que estos poseían en la sociedad transmitente previamente a la operación, manteniéndose, además, la fecha de adquisición de la entidad transmitente. En caso de no resultar de aplicación el régimen especial de neutralidad fiscal, los referidos elementos patrimoniales han de ser valorados conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la LIS relativo a la regla general y reglas especiales de valoración en los supuestos de transmisiones lucrativas

y societarias. En concreto, predomina la valoración a precio de mercado atendiendo a lo expuesto en el punto cuarto del mencionado artículo. Así pues, la entidad transmitente integraría en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal.

De la misma manera, las acciones o participaciones que se reciben como contraprestación de una aportación de la rama de actividad o de elementos patrimoniales se van a valorar, por el mismo valor fiscal que tenían la rama de actividad o los elementos patrimoniales aportados, tal y como establece el artículo 79 de la LIS.

En el artículo 80 de la citada norma viene a disponerse que se excluirán de la base imponible de los impuestos afectados como es el IS, IRPF, y IRNR las rentas generadas por el canje de valores. La LIRPF prevé este diferimiento tributario haciendo alusión a lo dispuesto en la LIS en su artículo 37.3, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones.

- Residencia de los socios: Los socios que participan en el canje deben residir en España, en otro Estado miembro de la Unión Europea, o en cualquier otro país, siempre y cuando los valores recibidos en el canje representen el capital social de una entidad residente en España. Ello, permite que la operación de canje de valores sea neutral desde un punto de vista fiscal para socios residentes tanto dentro como fuera de la UE, bajo la condición de que los valores recibidos estén vinculados a una sociedad española.

En el supuesto de que el socio que realiza el canje de valores posea la consideración de entidad en régimen de atribución de rentas (sociedades civiles, mercantiles o comunidades de bienes que no tienen personalidad jurídica propia y que, sin embargo, obtienen ingresos o desarrollan una actividad económica), la renta generada por el canje de valores no se integrará en la base imponible de las personas o entidades que sean socios, herederos, comuneros o partícipes de la entidad. La renta generada por el canje de valores no va a afectar fiscalmente a los miembros de la entidad en régimen de atribución de rentas, siempre que la operación se acoja al régimen fiscal específico establecido.

- La entidad adquirente de los valores ha de ser residente en territorio español o estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre.

La valoración fiscal de los valores obtenidos por la entidad y los socios se determina de la siguiente manera:

Para la entidad, si las rentas generadas por el canje están sujetas a tributación en España, los valores recibidos mantendrán el valor fiscal que tenían en el patrimonio de los socios aportantes, manteniendo, además, la fecha de adquisición original de estos socios. En el supuesto de que las rentas generadas no estén sujetas a tributación en España, se va a tomar como referencia el valor de mercado y la fecha de adquisición será la del día en que tenga lugar el canje.

En el caso de los socios, los valores recibidos por estos van a ser valorados por el valor fiscal de los valores entregados, de acuerdo con la legislación del impuesto aplicable para cada supuesto (IRPF, IS, IRNR). Dicha valoración puede ajustarse al alta o a la baja en función del dinero recibido como compensación complementaria al canje. La fecha de adquisición de los valores recibidos es la misma que la de los valores entregados.

Conviene tomar en consideración, que, en caso de perder la cualidad de residente en España, se va a integrar en la base imponible del IRPF o del IS del último período impositivo que deba declararse por dichos tributos. Se va a tomar la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de las acciones o participaciones, salvo que estas últimas estén afectas a un establecimiento permanente situado en territorio español.

En el caso de que el socio adquiera residencia en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, cabe valorar lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal con el fin de poder aplazar la deuda, a solicitud del contribuyente hasta la fecha de la efectiva transmisión a terceros de las acciones o participaciones afectadas¹¹, aplicando lo dispuesto en la LGT y su

¹¹ Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Publicado en: «BOE» núm.286, de 30/11/2006.

normativa de desarrollo respecto al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento¹².

En el artículo 81 de la LIS se determina la tributación de los socios en las fusiones y escisiones. La valoración y fecha en estos casos coincide con la valoración de los valores recibidos por los socios en el supuesto de canje de valores, siguiendo las mismas pautas para su determinación.

Por último, en el artículo 84 de la referida norma se regula la subrogación en los derechos y obligaciones tributarias. En el supuesto de que la reestructuración conlleve la sucesión universal, la entidad adquirente se subroga en todos los derechos y obligaciones tributarias de la sociedad transmitente, como puede ser el caso de una fusión. Por el contrario, cuando se lleve a cabo una sucesión que no sea título universal, como puede ser el caso de una aportación no dineraria de rama de actividad, se van a transmitir a la entidad adquirente, únicamente los derechos y obligaciones tributarias relacionados con los bienes y derechos transmitidos. Además, la entidad adquirente va a tener la posibilidad de compensarse las bases imponible negativas pendientes en la sociedad transmitente siempre que esta última se extinga, o bien respecto a la transmisión de una rama de actividad cuyos resultados hayan generado bases imponibles negativas pendientes de ser compensadas. Sin embargo, solo pueden ser objeto de compensación aquellas bases imponibles generadas por la rama de actividad transmitida.

4. Obligaciones Formales

El régimen de neutralidad fiscal, según lo dispuesto en el artículo 77.2 de la LIS, se aplica de forma automática. De todas maneras, cabe renunciar a su aplicación integrando en la base imponible las rentas generadas por la transmisión de los elementos patrimoniales.

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

Las operaciones reguladas en este capítulo han de ser comunicadas a la Administración tributaria por parte de la entidad adquirente según lo establecido en el artículo 89.1 de la LIS y los artículos 48 y 49 del RIS, salvo que ésta no sea residente en territorio español, en este caso le corresponde a la entidad transmitente. En el supuesto de que ni la entidad adquirente ni la transmitente sean residentes en territorio español, la comunicación corresponde a los socios de la entidad transmitente, siempre que estos residan en España. En caso contrario, la efectuará la entidad transmitente.

Se concede un plazo de tres meses desde la fecha de inscripción de la escritura pública en la que se documenta la operación. En los supuestos relativos al cambio de domicilio social, se debe realizar dentro del plazo de tres meses siguientes a la fecha de inscripción en el registro del Estado miembro del nuevo domicilio social que conste en la escritura pública o documento equivalente en que recoja la operación. Por último, cuando ninguna de las entidades sea residente en España, la comunicación se efectuará en los plazos previstos para la presentación de las declaraciones correspondientes a los socios de la entidad transmitente, siempre que sean residentes en territorio español. En caso contrario, se aplicará el plazo de tres meses.

Dicha comunicación debe dirigirse a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del domicilio fiscal de las entidades, o las Dependencias Regionales de Inspección o, en su caso, a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes. Se ha de adjuntar la identificación de las entidades participantes en la operación y descripción de ésta, copia de la escritura pública o documento equivalente que corresponda a la operación, copia del correspondiente folleto informativo en caso de haberse realizado mediante oferta pública de adquisición de acciones y, indicación en el supuesto de no querer acogerse al régimen fiscal especial.

En la misma línea, supone un requisito imprescindible para poder acogerse al régimen fiscal especial que el empresario persona física lleve una contabilidad, reflejada en libros contables, legalizados anualmente en el Registro Mercantil correspondiente.

En este contexto se pronuncia la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos (V1866-16)¹³. En este caso, la persona física consultante es propietaria, junto

¹³ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V1866-16 de 27 de abril de 2016.

con su esposo, del 100% del capital social de la entidad A, la cual desarrolla una actividad económica de arrendamiento de inmuebles contando con un local afecto y un trabajador a jornada completa para el desarrollo de la actividad. A su vez, como persona física lleva a cabo una actividad que comprende el comercio al por menor de muebles estando dado de alta en Impuesto de Actividades Económicas epígrafe 653.1. Dicha persona física pretende aportar a la entidad A los activos y pasivos afectos al desarrollo de la actividad de comercio al por menor de inmuebles.

Pues bien, una vez determinados los motivos económicos válidos del artículo 89.2 de la LIS, se establece lo siguiente, *«en la medida en que la persona física consultante lleve su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio, cuestión sobre la que nada se dice en la consulta, a pesar de que el rendimiento de la actividad se determine en régimen de estimación objetiva, la operación planteada podría acogerse al régimen fiscal previsto en el Capítulo VII del título VII de la LIS».*

Por su parte, el Código de Comercio¹⁴, en su artículo 25, establece que, *«Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario».*

Por último, como se ha mencionado anteriormente y se explicará más detalladamente en el siguiente epígrafe, se procederá a la inaplicación del régimen cuando la operación persiga el fraude o la evasión fiscal, es decir, en el supuesto de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, en virtud del artículo 89.2 de la LIS.

¹⁴ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Publicado en «Gaceta Madrid» núm.289, de 16/10/1885.

III. La conveniencia en la aplicación del régimen de neutralidad fiscal

1. Motivos económicos válidos y evasión fiscal

Al hilo de lo comentando anteriormente, la normativa, en este tipo de operaciones, esboza una cláusula antielusión a la hora de hacer referencia a la preceptiva existencia de motivos económicos válidos, con el objetivo de poder acogerse al régimen de neutralidad fiscal. En concreto, la DGT en una de sus consultas vinculantes, V2214-23¹⁵, en el contexto de una operación de reestructuración empresarial, aborda, entre otras cuestiones, la interpretación del TS en relación con la existencia o no de «motivos económicos válidos». Estos hacen referencia a la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, objetivos que pueden ser los más comunes, sin embargo, existen otros objetivos empresariales que integran este concepto jurídico indeterminado.¹⁶

En el supuesto de hecho, la consultante (persona física) pretende aportar las participaciones que ostenta en una sociedad A (60%), a otra entidad B, íntegramente participada por la consultante. De esta manera, la consultante seguirá ostentando el 100% de B y, a su vez, B poseerá el 60% de A. Transcurridos dos años desde la aportación, pretende distribuir un dividendo, desde la sociedad A a la B, equivalente a los beneficios no distribuidos acumulados. La participación poseída actualmente por la consultante en A conlleva importantes plusvalías tácitas. En base a este supuesto de hecho, la consultante, en una de sus cuestiones, pregunta si tiene la consideración de ventaja fiscal aquella mejora en la posición tributaria que conlleva la realización de la operación respecto de la situación previa a su realización, debiendo compararse la situación tributaria previa a la realización de la operación y la posterior. Alternativamente, si, por el contrario, el concepto de ventaja fiscal incluye también la

¹⁵ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V2214-23 de 27 de julio de 2023.

¹⁶ SOLER SANZ-RAMOS, P. CUESTA CUESTA, LUIS. ÁLVAREZ BARBEITO, P., han afirmado que «La DGT determina que los motivos económicos válidos no constituyen un requisito sine qua non para apreciar la existencia de ventaja especial en operaciones de reestructuración empresarial». Análisis Fiscal Gómez Acebo & Pombo, 5 de octubre de 2023, p.3.

eliminación de la propia tributación que se produciría por la realización de la operación acogida.

Primero de todo, viene a establecerse, por parte de la DGT, que el régimen especial no resulta aplicable cuando el fin principal constituya el logro de una «ventaja fiscal». Ahora bien, en aras de fijar en qué momento concurren estas circunstancias, aquella atiende a la jurisprudencia comunitaria y a la doctrina del TS. Concretamente, el TJUE, en su sentencia de 8 de marzo del 2017, asunto C-14/2016¹⁷, expone que la eliminación de la ventaja fiscal sólo puede ejecutarse tras un análisis del caso específico, al determinar que la operación tiene como objeto principal (o entre sus objetivos prioritarios), el fraude fiscal. Dicho tribunal concluye que *«el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente el fraude o evasión fiscales iría en detrimento del objetivo perseguido por la referida directiva»*. Según el TJUE, las autoridades fiscales deben analizar el caso en concreto, sin limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, el juez nacional ha de atender al conjunto de la operación y valorar si los motivos económicos válidos prevalecen sobre la ventaja fiscal adquirida.

Asimismo, el TS, en su sentencia de 16 de noviembre de 2022¹⁸, mantiene la citada línea jurisprudencial, reafirmando la importancia de llevar a cabo un análisis global de la operación, donde los motivos económicos válidos van a servir para verificar que no se persigue la evasión fiscal. Es más, según dicho tribunal, lo determinante es analizar si la reestructuración tiene como objetivo el fraude fiscal, no si concurre un motivo económico válido y que el hecho de que exista una ventaja fiscal, inherente al régimen de diferimiento, no obstaculiza la aplicación del régimen citado, siempre y cuando los motivos económicos válidos prevalezcan sobre la ventaja fiscal adquirida,

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2017 (Sala Primera), en el asunto C-14/16. InfoCuria Jurisprudencia.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre 2022, de la Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 89/2018 y Roj 1503/2022).

y que sería contraria al propio diferimiento fiscal, cuestión, esta, a valorar por los propios jueces¹⁹.

En la misma línea, el TS, en su sentencia de 31 de marzo de 2021,²⁰ señala «*que 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*». Además, puntualiza que el concepto de motivos económicos válidos comprende, además de la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, aquellos que se conecten con la finalidad y objetivos del régimen especial, en concreto, la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.

La DGT ha admitido como motivos económicos válidos la centralización de recursos, el acometimiento de nuevas inversiones, refuerzo y simplificación de la estructura organizativa y patrimonial del grupo empresarial, reducción de los costes administrativos, la optimización de recursos y la mayor facilidad para acceder a concursos públicos, o hasta la planificación del relevo generacional y la intención de acomodar la entrada de nuevos socios a la sociedad.

Es más, la DGT ha permitido incluir la obtención de algunas ventajas fiscales, tales como el acceso al régimen de consolidación fiscal en el IS, al régimen especial de grupo de entidades en el IVA o el cumplimiento de los requisitos para la aplicación del régimen de empresa familiar. De hecho, conviene atender a lo expuesto en su consulta V1505-22²¹, en la que el consultante plantea si el hecho de que la sociedad absorbida tenga bases imponibles negativas pendientes de compensar podría invalidar la aplicación del régimen especial, y en su caso, si existiría alguna restricción a la

¹⁹ MORALES GIL, T. IBORRA, S. PÉREZ, C. «Los motivos económicos válidos y la ventaja fiscal a regularizar en operaciones de reestructuración empresarial». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 63, diciembre 2023, pp.156.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016, de la Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 2508/2016 y Roj 2508/2015).

²¹ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V1505-22 de 23 de junio de 2022.

compensación de las bases negativas de la absorbida por la sociedad resultante de la fusión.

Pues bien, la DGT concluye que: *«el hecho de que la entidad absorbida (Y) cuente con bases imponibles negativas pendientes de compensar no invalidaría, por sí mismo, la aplicación del régimen fiscal especial, en la medida en que tras la operación de fusión se continúen realizando las actividades que venían realizando las entidades intervenientes en la fusión, redundando la operación en beneficio de dichas entidades por cuanto se refuerce y mejore la situación financiera de las actividades resultantes de la fusión y no se realice la misma en un momento temporal dentro de un plan de liquidación de alguna de las actividades desarrolladas por dichas entidades ni la operación proyectada tenga como finalidad preponderante el aprovechamiento de las bases imponibles negativas pendientes de compensar».*

Por el contrario, la DGT, en su consulta V4440-16²², rechaza la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal. En este supuesto, la consultante, en relación con el IS, pregunta si en el caso de que una empresa se escinda en dos sociedades, transmitiendo a una de las mismas todas las viviendas arrendadas y a la otra el resto de los bienes inmuebles (locales y solares), con el fin de acogerse al régimen especial de Entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda previsto en el Capítulo III del Título VII de la LIS, constituye un motivo económico válido para aplicar el régimen de neutralidad fiscal. Pues bien, en este caso la DGT concluye que: *«la operación se realiza con la finalidad de que una de las sociedades beneficiarias pueda acogerse al régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda previsto en el capítulo III del título VII del TRLIS. Por tanto, en la medida en que el único objetivo planteado por la consultante para llevar a cabo la operación es conseguir las ventajas fiscales derivadas de la aplicación del régimen de entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda. Dado que este es el único motivo para realizar la*

²² Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V4440-16 de 17 de noviembre de 2016

operación de escisión, el mismo no puede considerarse económico válido a los efectos del artículo 96.2 del TRLIS»²³.

Siendo esto así, nos parece lógica dicha conclusión si atendemos a las circunstancias que rodean ambos supuestos. En la primera de las consultas (V1505-22), se estableció que las sociedades objeto de fusión desempeñaban la misma actividad y que con la reestructuración se podrían aprovechar las sinergias, además del respectivo ahorro de costes (aprovisionamientos, gestión o dirección), la mejora de la capacidad productiva del conjunto, simplificar la estructura societaria, mejorar la competitividad en el mercado u optimizar el empleo de los recursos materiales y humanos de las sociedades, entre otros motivos. Es más, al encontrarse la sociedad absorbida en concurso, debía de hacer frente a diversas dificultades como la restricción a fuentes de financiación o sobrecostes de sus proveedores debido a la incertidumbre que le rodeaba. Sin embargo, en la última consulta (V4440-16) nada más se expone, únicamente se plantea la escisión en dos sociedades, para que a una de ellas se les pueda transmitir las viviendas arrendadas y a la otra el resto de los inmuebles con el objetivo de que la primera entidad pueda acogerse al régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda.

Retomando la primera de las consultas (V2214-23), la cual ha servido para dilucidar la aplicación de la cláusula antielusión en relación con la presencia de unos motivos económicos válidos en la operación, la DGT acaba concluyendo que la presencia de motivos económicos válidos, por si solos, no constituye un requisito *sine qua non* para poder aplicar el régimen especial de neutralidad fiscal. Es más, determina que su ausencia constituye una presunción de que la operación en cuestión puede haberse realizado persiguiendo el fraude o evasión fiscal, lo debe analizarse en cada caso en concreto²⁴. Sin embargo, la ausencia de motivos económicos válidos no es motivo para aplicar de forma automática la aplicación de la cláusula antiabuso. Esta postura

²³ MORALES GIL, T. IBORRA, S. PÉREZ, C. «Los motivos económicos válidos y la ventaja fiscal a regularizar en operaciones de reestructuración empresarial». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 63, diciembre 2023, pp.157-158.

²⁴ SOLER SANZ-RAMOS, P. CUESTA CUESTA, LUIS. ÁLVAREZ BARBEITO, P. «La DGT determina que los motivos económicos válidos no constituyen un requisito sine qua non para apreciar la existencia de ventaja especial en operaciones de reestructuración empresarial». *Ánalisis Fiscal Gómez Acebo & Pombo*, 5 de octubre de 2023, p.3

concuerda con la doctrina científica, la cual considera que la ausencia de un motivo económico válido como presunción *iure et de iure* de abuso es contraria a la interpretación que lleva a cabo el TJUE²⁵.

2. Legitimidad e inherencia de ventajas fiscales

El TS, en su sentencia de 16 de noviembre de 2022,²⁶ concluye que la obtención de una ventaja fiscal es inherente al propio régimen de diferimiento, cuyo rasgo característico es la neutralidad fiscal. Por ello, la ventaja fiscal prohibida, más allá de otros motivos económicos, ha de ser distinta del propio aplazamiento fiscal. La citada sentencia parte del reproche de la Inspección de tributos hacia un determinado contribuyente que no había tributado por las plusvalías, al considerar que la ventaja fiscal era el propio diferimiento. Entendía que el mismo objetivo se hubiese alcanzado si en lugar de optar por las operaciones acogidas al régimen de neutralidad fiscal, la reestructuración se hubiera ejecutado por medio de una enajenación de las acciones.

A raíz de esta sentencia, el alto tribunal marca una línea de notable importancia respecto a la interpretación de la ventaja fiscal a regularizar. Concretamente, rechaza la interpretación de aquellos órganos de inspección y comprobación tributaria que defendían que el diferimiento de rentas (característico del régimen de neutralidad) podría considerarse la ventaja fiscal perseguida. De hecho, la respuesta de la DGT, en la ya mencionada consulta vinculante V2214-23, se enmarca en la misma línea, considerando que ha de descartarse que la ganancia cuya tributación se difiere constituya la ventaja fiscal de la operación en cuestión, ya que el aplazamiento está ínsito en el régimen de neutralidad, siendo precisamente la razón de ser del régimen, el cual pretende evitar que las operaciones de reestructuración dejen de ejecutarse

²⁵ GARCÍA NOVOA, C. (2023) «Motivo económico válido y economía de opción. Sentencia Securitas del Tribunal Supremo» *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 479, 45-64.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre 2022, de la Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 89/2018 y Roj 1503/2022)

como consecuencia de las tributación de las plusvalías tácitas que se generan en este tipo de operaciones²⁷.

A la luz de lo dispuesto anteriormente, la Administración tributaria no puede inaplicar el régimen especial de neutralidad fiscal alegando que se ha realizado para obtener una ventaja fiscal, siendo esta, el diferimiento de la potencial ganancia, la consecuencia del referido régimen especial. Por lo tanto, la ventaja fiscal a eliminar debe de ser otra, ya que el diferimiento de la tributación nace únicamente por la propia ejecución de la operación.

La doctrina científica aprueba la línea marcada por el TS, al entender que la neutralidad fiscal del régimen objeto de estudio constituye no sólo un fin lícito, sino que supone la razón de ser de la norma. En este sentido, se ha afirmado que el diferimiento de las plusvalías tácitas nunca podía ser la ventaja fiscal perseguida, ya que en caso de no haberse ejecutado la operación, nunca se habrían generado tales plusvalías²⁸.

Añade el TS en la sentencia analizada que ha de rechazarse lo que denomina economía de opción inversa, este concepto supone legitimar únicamente aquella opción, entre todas las vías posibles, que suponga una mayor carga fiscal, de suerte que cabe identificar la evasión o fraude fiscal cuando no se inclina respecto a la opción que favorece la mayor recaudación. De esta forma legitima la economía de opción, abogando por la libertad de los contribuyentes a la hora de organizar sus operaciones de manera que puedan aplicar la fiscalidad más ventajosa y rechazando la economía de «opción inversa», inadmitiendo que la única opción legítima sea la que determine una mayor carga fiscal.

Prosigue el TS afirmando que «*La ventaja fiscal, fuera de los casos en los que se presente como objetivo espurio, es legítima dentro de la economía de opción, en los términos antes explicados; en el presente caso lo que se viene a reprochar es la simple*

²⁷ USÓN VEGAS, B. SOTERAS ENCISO, J. «La Consulta Vinculante 2214/2023 sobre la ventaja fiscal a regularizar en las operaciones FEAC» Grupo de expertos en Impuesto sobre Sociedades y Contabilidad, AEDAF, Asociación Española de Asesores Fiscales, p.4

²⁸ MARÍN BENÍTEZ, G (2023). «Yo opiné antes. Yo opino ahora. Reflexiones sobre los motivos económicos válidos y las reestructuraciones empresariales». FiscalBlog, 08/09/2023.

obtención de la ventaja fiscal, en no haber tributado por las plusvalías, lo propio de régimen de diferimiento, considerando que el mismo fin se hubiera obtenido si en lugar de las escisiones se hubiera realizado la enajenación de las acciones, esto es, estamos en presencia de lo que hemos reconocido como economía de opción a la inversa, incurriendo la Administración».

De hecho, el TS en su sentencia de 30 de enero de 2014 ²⁹ ya introdujo el concepto de la economía de opción en el ámbito del régimen especial de neutralidad fiscal. En la misma, el alto tribunal concluye que privar al recurrente de los beneficios que le puede aportar el régimen especial, exigiéndole la puesta en marcha de otro negocio jurídico más gravoso, venta directa, en este caso, es una tesis que no puede ser aceptada. Lo que se hace de esta forma es extender el concepto de fraude, situándolo de lleno dentro del campo de la economía de opción, y afectando al principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255 del CC, constitucionalizado, en lo referente a las relaciones mercantiles, en el artículo 38 CE, precepto que reconoce la libertad de empresa.

Concluyendo, y retomando la STS de 16 de noviembre de 2022, basándose en la jurisprudencia del TJUE, se considera que la obtención de una ventaja fiscal no es *per se* ilegítima, siempre que no sea el objeto principal de la operación realizada. Por lo que no es incompatible con la aplicación del Régimen de Neutralidad Fiscal. Asimismo, se admite la legitimidad de la economía de opción, puesto que los contribuyentes pueden organizar sus operaciones de manera que puedan aplicar la fiscalidad más ventajosa, y rechaza la economía de «opción inversa», inadmitiendo que la única opción legítima sea la que determine una mayor carga fiscal, defendiendo, en definitiva, la inherencia al propio Régimen de Neutralidad Fiscal del diferimiento de las plusvalías.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero 2014, de la Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 2577/2011 y Roj 2577/2011).

3. Falta de proporcionalidad cualitativa

En lo que atañe a la definición de la operación de escisión, el artículo 2.b de la Directiva 2009/113, prevé la atribución a los antiguos socios, con arreglo a una norma proporcional, de las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias de la aportación o de una compensación dineraria que no exceda del 10% del valor nominal, o de un valor equivalente de los títulos deducido de su contabilidad.

En este contexto, conviene analizar lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su sentencia del 13 de junio de 2023³⁰. En sus antecedentes se expone que se deniega la aplicación del Régimen de Neutralidad Fiscal a una operación de escisión total realizada por la demandante, cuya actividad era el arrendamiento de inmuebles, mediante el traspaso de su patrimonio a dos entidades de nueva creación, las cuales pasan a estar participadas, cada una de ellas, por un grupo familiar.

Se trata de un supuesto de escisión total no proporcional por falta de «proporcionalidad cualitativa», en la medida que a los socios de la sociedad escindida no se les adjudican valores de todas las sociedades beneficiarias en la misma proporción que ostentaban en el capital de la escindida, de lo contrario pasan a agruparse en dos grupos familiares diferentes. Asimismo, la recurrente admite que no concurren la condición relativa a la existencia previa de diferentes ramas de actividad, ya que solamente hay una única actividad económica.

Pues bien, en lo respectivo a la última de las cuestiones (existencia previa de diferentes ramas de actividad), este tipo de operaciones conocidas como escisiones totales subjetivas, pueden acogerse al régimen especial de neutralidad en virtud del artículo 76.2. 2º de la LIS, siempre que los patrimonios adquiridos por las entidades beneficiarias constituyan ramas de actividad. Este requisito ha servido de argumento para denegar la aplicación del régimen citado cuando la sociedad escindida no posea en origen varias ramas de actividad. Añadían, además, que este tipo de operaciones

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2023, de la Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 1434/2021 y Roj 684/2023).

permiten una mera distribución del patrimonio entre los socios, evitando la tributación derivada de la disolución de la entidad.

En lo que respecta al caso objeto de análisis por el citado TSJ, la entidad escindida se dedicaba exclusivamente a la actividad de arrendamiento de inmuebles (una sola actividad). Los socios, a raíz de la escisión, percibieron participaciones de la entidad que formaban parte en función del grupo familiar, no de ambas como se exige en la normativa. Esta manera de proceder tiene su razón de ser en las desavenencias y discrepancias entre las familias propietarias de la entidad de origen escindida. La inspección competente acaba negando la aplicación del régimen especial sin que ello supusiera cuota a ingresar, pues la sociedad escindida poseía bases imponibles negativas con las que se neutralizó el impacto fiscal derivado de la integración de la plusvalía de los activos.

Cabe recordar, que las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de autoliquidación pueden ser compensadas con las rentas positivas generadas, atendiendo al límite del 70% de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización. En todo caso, se podrán compensar bases imponibles negativas hasta el importe de 1 millón de euros (artículos 25 y 26 LIS). Este límite no se aplica en el período impositivo en el que se produce la extinción de la entidad, salvo que la misma derive de una operación de reestructuración acogida al régimen fiscal especial.

No obstante, la no aplicación del régimen especial impedía la transmisión de las BINS restantes a las sociedades beneficiarias y por ello el contribuyente recurrió ante el TSJ. Cabe precisar que, a raíz del artículo 84.2 LIS, se podrán transmitir a la entidad adquirente las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente, siempre que se produzca una serie de circunstancias, entre ellas, la extinción de la entidad transmitente, según la letra a) del mencionado precepto. Sin embargo, esta transmisión únicamente es viable cuando la extinción es consecuencia de alguna de las operaciones mencionadas en los artículos 76 u 87 LIS. No se regula un supuesto autónomo de transmisión, sino que reconduce al examen pertinente acerca de la adecuación de la operación al régimen especial de neutralidad fiscal.

El TSJ argumenta que lo estipulado en la LIS, y en concreto, es su artículo 76.2.2º resulta contrario a la normativa comunitaria (Directiva 2009/133/CE). Afirma que la referida exigencia que incorpora la LIS (existencia previa de ramas de actividad

diferenciadas en sede de la entidad transmitente) no es un requisito previsto en la mencionada Directiva que regula la fiscalidad de las operaciones de reestructuración. La misma únicamente exige el requisito de proporcionalidad cuantitativa, es decir, el valor económico de la participación, antes y después, sea igual para los socios, con independencia de las sociedades en las que participe.

De hecho, la Comisión Europea envió un dictamen a fecha 27 de noviembre de 2019³¹ solicitando a España la eliminación de esta exigencia. Se estableció que la legislación española establecía condiciones indebidamente restrictivas para determinados tipos de escisiones empresariales. La Comisión se opone a que no se conceda el diferimiento del pago del impuesto en el caso de que los accionistas de la sociedad escindida no reciban la misma proporción de acciones en todas las sociedades resultantes de la escisión, a menos que los activos adquirentes sean ramas de actividad distintas. Cabe añadir que el legislador español todavía no ha modificado la normativa objeto de debate.

En otro orden de cosas, a juicio del mencionado TSJ, la previsión de una cláusula antiabuso hace innecesario exigir un requisito adicional como el presente, referente a la existencia de ramas de actividad. En la misma línea, la Administración tributaria, en este supuesto, no había acreditado que la operación pretendía ser realizada con la única finalidad de obtener una ventaja fiscal, tomando en consideración que la sociedad escindida acumulaba bases imponibles negativas que le permitían neutralizar la tributación derivada de la transmisión de activos³².

4. Criterio finalista e integrador

La cuestión controvertida objeto de estudio en el presente epígrafe versa sobre la correcta interpretación del artículo 84 LIS. Por un lado, existe una interpretación «literal y sistemática» confirmada por la sentencia de la AN de 1 de junio de 2017, en

³¹ Paquete de procedimientos de infracción de noviembre: principales decisiones. Web oficial de la Unión Europea, 27 de noviembre de 2019.

³² CUATRECASAS, «Pronunciamiento sobre las escisiones totales subjetivas: Según el TSJ, la normativa española no se ajusta a la Directiva de fusiones», Área de conocimiento e innovación, 30 de octubre de 2023 (Consulta a 29 de marzo de 2024).

relación con el anterior art. 90 TRLIS³³. Por el contrario, la Inspección y el TEAC, así como la sentencia de la AN de 19 de noviembre de 2009³⁴, confirmada por el TS el 14 de noviembre de 2011, establecen un criterio «finalista e integrador»³⁵. Pues bien, la AN, en su pronunciamiento de 3 de mayo de 2023,³⁶ trata de dilucidar el criterio que ha de seguirse aportando la argumentación pertinente.

Pues bien, el caso objeto de estudio deriva de las actuaciones de comprobación e investigación realizadas a un grupo fiscal en concepto del IS referentes a los ejercicios 2010 y 2011. En este contexto, la Inspección de tributos acaba imposibilitando la compensación de las bases imponibles negativas, haciendo uso de una interpretación finalista e integradora del entonces artículo 90.3 del TRLIS, de una de las entidades dependientes, al haber dado lugar las mismas, a perdidas deducibles en los socios anteriores.

Para una correcta comprensión del caso, conviene resaltar los siguientes antecedentes de hecho:

La sociedad dependiente A incurrió en importantes pérdidas durante los años 1998 a 2008, ejercicios previos a su integración en el grupo fiscal del que era dependiente en el ejercicio regularizado. Estas pérdidas generaron, en sede de los socios, provisiones de cartera fiscalmente deducibles, que, a su vez, conllevaron aportaciones de los mismos para sucesivas ampliaciones de capital. En el ejercicio 2008, el socio único de la sociedad A transmite su participación a una de las sociedades dependientes del grupo fiscal objeto de comprobación. Más tarde, tal sociedad vendió la entidad A, por el mismo precio de adquisición a la entidad dominante del grupo, B. Posteriormente, en 2009, a través de una fusión entre sociedades hermanas, acogidas al régimen de

³³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2017. Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 500/2014 y Roj 2599/2017).

³⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2009. Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 614/2005 y Roj 5245/2009).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011. Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 558/2010 y Roj 8644/2011).

³⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2023. Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 524/2019 y Roj 2593/2023).

neutralidad fiscal, la sociedad A absorbe a la entidad dependiente C (íntegramente participada por B).

La sociedad absorbente, A, en la declaración correspondiente del IS del ejercicio 2010, declara tener bases imponibles negativas pendientes de compensar (7190 mil euros) generadas, mayoritariamente, durante los ejercicios comprendidos entre 2000 y 2008, y de las cuales 9 mil euros, derivaban de la sociedad C, generadas en el año 2009. En el ejercicio 2011, el grupo fiscal compensa la totalidad de su base imponible con aquellas bases negativas generadas por A.

Primero, cabe citar lo que expone el entonces vigente artículo 90.3 del TRLIS: *«Las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente podrán ser compensadas por la entidad adquirente [...] En ningún caso serán compensables las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hayan motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la entidad transmitente, o la depreciación de la participación de otra entidad en esta última cuando todas ellas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio».*

En este contexto, la Inspección lleva a cabo una interpretación finalista del precepto, imposibilitando en el acuerdo de liquidación la compensación de las bases imponibles negativas de la sociedad absorbente, tomando de base lo estipulado en el tercer párrafo del artículo 90.3 TRLIS. Considera que la generación de las bases imponibles negativas había dado lugar a la deducción de pérdidas por deterioro de cartera en sede del socio, por lo tanto, se incurría en un supuesto de doble aprovechamiento de pérdidas y la desimposición de las rentas positivas obtenidas por la entidad resultante de la operación de fusión.

Cabe recalcar que las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades, serán deducibles cuando, en el período impositivo en el que se registre el deterioro, no se cumpla alguna de las circunstancias desarrolladas en el artículo 13.2 b) de la LIS. En este supuesto, el porcentaje de participación en el capital, del socio único, por aquel entonces era del 100% (socio único), más del 5% previsto en el artículo 21.1 a) de la LIS, permitiendo de esta manera, dudirse el deterioro de sus participaciones propiciado por las cuantiosas pérdidas generadas (1998-2008).

Pues bien, frente a la postura dibujada por la Inspección, la recurrente, a la par que la Consulta V1393-14 y la sentencia de la AN de 1 de junio de 2017, esboza una interpretación literal del precepto. Afirma que el artículo 84 de la LIS (por aquel entonces, 90.3 TRLIS) regula la transmisión de derechos y obligaciones en los casos de fusión, en los que se establecen una serie de límites para poder compensar las bases imponibles negativas de la entidad absorbida. De lo contrario, se alega que en el caso actual no hay transmisión alguna de esas bases imponibles negativas, ya que las mismas continúan en sede de la sociedad absorbente, A, que no la absorbida, C. Literalmente la demanda expone que *«la fusión es irrelevante en cuanto a las BINs pues no produce movimiento alguno de estas»*.

Señala, además, que el legislador ha previsto mecanismos de corrección de desimposición que genera el doble aprovechamiento de la BINs que son aplicables en régimen general, por lo que una interpretación finalista no puede conllevar a negar el derecho a compensar una base imponible negativa a su entidad titular, y a pretender compensar supuestos de desimposición y doble aprovechamiento no generados por el régimen especial, ya resueltos a través de los mecanismos de corrección previstos por la LIS. Se considera que esta interpretación juega en contra del espíritu del régimen de neutralidad, desincentivando la realización de este tipo de operaciones.

Ante ello, la Administración tributaria alega que el supuesto de hecho encaja con el legalmente prescrito, independientemente de que las bases imponibles negativas se sitúen en una entidad u otra. Reconoce que, atendiendo a la literalidad de norma, únicamente se valora la compensación de las BINs de la absorbida, pero argumenta que la ley redacta el precepto atendiendo a la lógica de las actuaciones mercantiles, es decir, que la sociedad económicamente sana absorba aquella que arrastra pérdidas, aunque lo contrario sea jurídicamente posible.

Esta cuestión se acaba elevando a la AN, la cual va a determinar el criterio imperante, literal o finalista e integrador, sin embargo, para la Sala, la controversia es más compleja, aportando la sentencia de la AN de 19 de noviembre de 2009, en la cual se dilucidaba si el régimen especial amparaba la doble deducción fiscal.

En primer lugar, la AN, en su sentencia de 1 de junio de 2017, estimó que el precepto objeto de estudio no resultaba de aplicación cuando las BINs pendientes de compensación se encontraban en la entidad adquirente, al no encajar este supuesto

con la literalidad de la norma y no existir en la misma subrogación en los derechos y obligaciones tributarias. Asimismo, concluye que no existe ninguna norma que impida la fusión inversa y la compensación de las bases negativas, estimando el correspondiente recurso. Pero, además de este precedente, debe analizarse la ya citada sentencia de 19 de noviembre de 2009, en la cual se enjuició la procedencia de que la entidad absorbente se pudiera beneficiar de las BINs generadas en el seno de la entidad absorbida.

La norma aplicable *ratione temporis* era el artículo 104.3 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. En este caso, la recurrente pretendía introducir mediante la total compensación de las bases negativas de las entidades absorbidas, el gasto que ya había sido deducido respecto a la dotación del fondo por depreciación. La sala viene a recordar que la ley prohíbe que un mismo beneficio pueda aplicarse doblemente; por la vía de la traslación de las BINs acreditadas en el seno de la entidad absorbida, como por las provisiones correspondientes que se dotaron para precaverse de la fluctuación en los valores de la cartera poseída. De esta manera, la base imponible transferida ya incorpora la pérdida de valor de los títulos representativos de deuda. Esta sentencia fue recurrida en casación y confirmada por el TS en su sentencia de 14 de diciembre de 2011, añadiendo el artículo 3 del Código Civil en aras de interpretar la ley, atendiendo a su «espíritu y finalidad».

En este punto, la Sala del TS entiende que se debe seguir este último criterio. Afirma que la interpretación literal de la norma carece de primacía absoluta sobre el resto de métodos y criterios de interpretación, añadiendo, como se ha comentado anteriormente, espíritu y finalidad.

En otro orden de cosas, concluye que, del silencio de la norma sobre este tipo de fusiones inversas, no cabe extraer la conclusión de que la intención del legislador permita el doble aprovechamiento de deducciones fiscales. Ante la ausencia de previsión expresa, estos supuestos han de estar regidos por la misma regla que el específicamente delimitado en el artículo 90.3 TRLIS, de hecho, considera que ir en contra de la normativa, choca contra el sistema general de construcción de la base del impuesto. Del mismo modo, descarta la interpretación a contrario de la recurrente, en concreto, entiende que, aunque la norma no regule explícitamente un determinado

tipo de fusión, ello no sugiere que, en un caso distinto, se deben seguir otro tipo de consecuencias.

Ante el silencio del legislador, hay que atender a la finalidad del régimen especial, basado en el principio de neutralidad fiscal. Por lo tanto, el criterio de la Administración, se adecúa más al mismo, mientras que la tesis sobre la que se fundamenta la recurrente supone una quiebra de este principio, favoreciendo una fusión inversa frente a la fusión directa. Por último, recalca que esta duda interpretativa ha de resolverse atendiendo a la estructura del IS y el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos, entendiendo que la postura de la demandante supone la quiebra de estas máximas, rechazándola de esta manera³⁷.

En la actual LIS, en su artículo 84.2, únicamente se contempla la transmisión de las bases imponibles negativas pendientes de compensación desde la entidad transmitente a la entidad adquirente, tal y como establecía el TRLIS en su artículo 90.3. Además, en la normativa actual se tienen que dar alguna de las siguientes circunstancias;

“La extinción de la entidad transmitente o la transmisión de una rama de actividad cuyos resultados hayan generado bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente.”

Se sigue contemplando, únicamente la fusión tradicional, que no la inversa, sin embargo, atendiendo a la ya mencionada sentencia de la AN de 2017, con la actual LIS se puede descartar el argumento por el cual este tipo de operaciones no encajan en el citado precepto.

Por otra parte, se ve como la regulación es prácticamente idéntica, únicamente se delimitan con mayor precisión los supuestos en los que cabe una compensación de las bases imponibles negativas pendientes. De esta manera, aunque la sentencia del TS data del año 2011, actualmente, en vistas de la normativa en vigor, no carece de ningún sentido seguir el criterio finalista e integrador y apartarse de una interpretación contraria por el mero hecho de que la normativa no contemple el caso inverso. En este

³⁷ EY ABOGADOS, «Boletín de Actualización Fiscal», número 126, junio de 2023, página 29-31.

caso, como se ha concluido se iría en contra de la razón de ser de la neutralidad fiscal, que es la clave de este régimen especial.

IV. Cláusulas antiabuso en la Unión Europea y en el Derecho Comparado

1. Aplicación cláusulas antiabuso en la Unión Europea

La Directiva 2009/133, en su artículo 15, establece que un Estado miembro tiene la posibilidad de negarse a la hora de aplicar total o parcialmente las disposiciones contenidas en dicha normativa relativas al régimen de neutralidad fiscal y los beneficios que éste conlleva, cuando las operaciones de reestructuración contempladas no se efectúen por motivos económicos válidos, tales como, la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades partícipes en la operación. En este contexto, se puede presumir que la operación en cuestión tiene, como uno de sus objetivos principales, el fraude o la evasión fiscal.

Conviene atender a la jurisprudencia comunitaria para dilucidar cuando los Estados miembros pueden negarse a aplicar las disposiciones de la Directiva. Esta cuestión es abordada, por vez primera, por el TJUE en el asunto Leur-Bloem (C-28/95). En este caso, la Sra. Leur-Bloem pensaba aportar sus acciones en dos sociedades de las que era única accionista y administradora, a una sociedad holding de nueva creación para poder beneficiarse en el futuro sobre cualquier ganancia derivada de la transmisión de acciones y poder compensar pérdidas en la sociedad holding.

Pues bien, el Tribunal de Justicia, permite que, con carácter excepcional y en casos especiales, se pueda retirar los beneficios de la Directiva, cuando la operación tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales, el fraude o la evasión fiscal. Añade que, en su comprobación, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios meramente generales y predeterminados, sino que deben atender caso a caso y realizar un examen global del mismo, en aras de respetar el principio de proporcionalidad (asunto Euro Park, C-14/16), correspondiéndole al juez nacional comprobar si procede la aplicación del

régimen de neutralidad fiscal y valorar si prevalecen los motivos económicos válidos sobre la ventaja fiscal del adquirente³⁸.

Conviene detenerse en el principio de proporcionalidad; éste implica que la doctrina debe ser apropiada para conseguir el objetivo, necesaria porque no hay otra medida posible menos restrictiva y, no ser desproporcionada. En este contexto, una medida antielusiva será proporcionada cuando su aplicación dependa de las circunstancias del caso, cuando no excluya ciertas categorías de operaciones, se aplique a negocios realizados sin un motivo económico válido y sea susceptible de revisión judicial. En lo que respecta a su plan aplicativo, este principio implica que el contribuyente pueda oponerse a la aplicación de la norma antiabuso aportando elementos que posibiliten constatar los motivos comerciales válidos por los que se ejecuta la transacción en cuestión. De la misma manera, la Administración ha de acreditar, en base a los elementos objetivos de la operación, que la misma se corresponde con un montaje meramente artificial sin motivos económicos reales que lo sostengan³⁹

Además, los justiciables no pueden invocar las normas del Derecho comunitario de manera abusiva o fraudulenta. Las normas contenidas en esta Directiva no pueden extenderse en aras de cubrir prácticas abusivas, en otras palabras, operaciones que no realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente con el fin de beneficiarse abusivamente de las ventajas contenidas en el Derecho comunitario. Se refleja, de esta manera, el principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido. Es más, para evitar estas situaciones, se permite aplicar disposiciones generales de derecho interno (constitucional y administrativo), siempre que éste sea interpretado y aplicado de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, y con el tenor y finalidad de la Directiva⁴⁰.

Respecto a los motivos económicos válidos, el TJUE completa su jurisprudencia a través de varias sentencias en las que marca la mecánica adecuada para llevar a cabo un excelente test de los mismos. En concreto, puntuiza que la existencia de una

³⁸ STJCE de 17 de julio de 1997, asunto Leur-Bloem (C-28/95).

³⁹ ZALAZINSKI, A.: «Proportionality of Anti-avoidance and anti-abuse measures in the ECJ's Direct Tax Case law», Intertax, vol. 35, núm. 5, pág. 312.

⁴⁰ STJCE de 5 de julio de 2007, asunto Kofoed (C-321/05)

finalidad fiscal en la operación no supone directamente su respectiva calificación como fraudulenta, sino que deben de valorarse el resto de circunstancias y motivos que rodean la operación. Ello no quita que la presunción de fraude opere en aquellas situaciones en los que, a pesar de concurrir motivos económicos válidos, tales como el ahorro de costes, el motivo preponderante es el aprovechamiento de las pérdidas fiscales de otra sociedad, cuestión a tratar por el juez nacional correspondiente⁴¹.

Sin embargo, conviene matizar que las autoridades fiscales pueden denegar el régimen especial de neutralidad fiscal únicamente cuando se constate que la operación persigue el fraude o la evasión fiscal, siempre y cuando el Estado haya incorporado la norma antiabuso de la Directiva o su ordenamiento incorpore una norma antiabuso de carácter general (asunto Kofoed, C-312/05). Por el contrario, el TJUE concluye que no cabe aplicar la cláusula antiabuso del régimen especial de neutralidad en aquellos casos donde el contribuyente diseña un montaje jurídico a través de una operación de reestructuración en aras de evitar el pago de un tributo no contemplado en la Directiva, como es el ITPAJD⁴².

A raíz de esta posición jurisprudencial, el TJUE matiza que su competencia se extiende, incluso en aquellas operaciones en las que intervengan sociedades residentes en el Estado miembro, para interpretar la idoneidad de la regulación conforme al derecho de la UE, considerando que el legislador nacional, al adaptar el derecho nacional a las disposiciones de la Directiva, ha decidido dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a aquellas que regula la Directiva, ajustando, de esta manera, el ordenamiento interno al derecho de la UE (asunto Leur Bloem). En palabras del TJUE, “*según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de*

⁴¹ STJCE de 10 de noviembre de 2011, asunto Foggia (C-126/10).

⁴² STJCE de 20 de mayo de 2010, asunto Zwijnenburg (C-352/08).

*la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse*⁴³.

Por otra parte, conviene hacer alusión a la Directiva 2013/1164⁴⁴, comúnmente conocida como *Anti Tax Avoidance Directive* (ATAD). El fin de esta directiva es reforzar las normas contra la elusión fiscal corporativa, en concreto, busca garantizar que los estados miembros implementen las medidas contra la erosión de la base imponible y traslado de beneficios. El principal objetivo de esta normativa se basa en garantizar el pago de los impuestos correspondientes en el Estado en el que se genera el beneficio. De esta manera, la Directiva establece unas normas generales en aras de luchar frente a estas prácticas abusivas que merman los sistemas impositivos nacionales y vuelve a hacer referencia a los motivos económicos válidos, imprescindibles a la hora de valorar la aplicación de la cláusula general antielusión.

En cuanto al contenido de esta Directiva, conviene detenerse en su artículo 6, el cual establece la norma general contra las prácticas abusivas. De éste, se desprende que, para calcular la deuda tributaria relacionada con el IS, los estados miembros no pueden validar ningún mecanismo cuyo objetivo principal, o uno de ellos, sea obtener una ventaja fiscal que distorsione el propósito de la normativa aplicable. Adicionalmente, en su punto segundo, se introduce el concepto de «razones comerciales válidas» con el fin de explicar cuando uno de estos mecanismos se considerará falseado, debiendo reflejar la realidad económica. Dicho término posee un significado análogo al analizado a lo largo del trabajo, los motivos económicos válidos, siendo introducida por vez primera en la regulación del régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales, a raíz de la Directiva 2011/96/UE⁴⁵, modificada con la Directiva 2015/121⁴⁶. El modus operandi a la hora de aplicar esta

⁴³ MORALES GIL, T., IBORRA, S., PÉREZ, C. «Los motivos económicos válidos y la ventaja fiscal a regularizar en operaciones de reestructuración empresarial». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, diciembre 2023, p. 155-158.

⁴⁴ Directiva (UE) 2013/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

⁴⁵ Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

⁴⁶ Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

cláusula antielusión es idéntico a lo analizado en el presente proyecto sobre el régimen de neutralidad fiscal; estudio objetivo y examen global del caso en concreto, aplicación de la presunción de fraude e inaplicación de las ventajas fiscales.

En este escenario nace el paquete de medidas antielusión (*Anti Tax Avoidance Package*) el cual engloba la Directiva 2013/1164 y que se encuadra dentro del Plan de Acción BEPS (Plan de Lucha contra la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios, *Base Erosion and Profit Shifting*) impulsado por la OCDE. El principal objetivo es dar respuesta a la elusión fiscal y planificación fiscal agresiva. De hecho, dentro de este plan de la OCDE, el Consejo Europeo ha diseñado una hoja de ruta para armonizar estos aspectos fiscales en el mercado interior coordinándose con la OCDE en cuanto a principios, objetivos y calendario. Entre las acciones a remarcar por parte del BEPS destaca el ánimo por impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales.

La razón de ser de la Directiva 2013/1164 deriva del Caso Schweppes, asunto C-196/04⁴⁷, en cuya sentencia se establecen las bases para la creación e interpretación de una norma antielusión de carácter más general a la específica del régimen especial de neutralidad fiscal. En este contexto, la Comisión Europea, en el año 2012 pide la creación de mecanismos normativos que permitan luchar contra las estructuras artificiales creadas por entidades internacionales con el fin de obtener una ventaja fiscal, observándose una tendencia general en la aplicación de las cláusulas antiabuso.

2. Consolidación de la doctrina sobre el abuso de derecho en la Unión Europea

El TJUE, en los últimos años, diseña una doctrina decidida respecto al abuso de derecho en el ámbito tributario a través de varias sentencias remarcadas. Primero, conviene destacar el caso Halifax, asunto C-255/02⁴⁸, el cual trata un supuesto de abuso relacionado con el IVA en el cual una entidad financiera buscaba beneficiarse

⁴⁷ STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto Schweppes (C-196/04).

⁴⁸ STJUE de 21 de febrero de 2006, asunto Halifax (C-255/02).

de la deducción de cuotas soportadas de IVA a las que no tenía derecho por llevar a cabo una actividad financiera exenta.

Pues bien, el TJUE entiende que los contribuyentes no pueden abusar de las normas comunitarias, las cuales deben ser claras y precisas. Rechaza las prácticas abusivas, siempre que estas sean evaluadas según elementos objetivos y subjetivos establecidos en la jurisprudencia comunitaria. Destaca, además, la importancia de la seguridad jurídica y la confianza legítima, así como la aplicación uniforme del Derecho comunitario y el respeto a las libertades fundamentales, diseñando tres criterios para determinar el abuso: Que las operaciones persigan obtener ventajas fiscales, que éstas sean contrarias al objetivo de las normas comunitarias, y que no haya otra justificación para las operaciones más allá de obtener dichas ventajas, introduciendo, además, el concepto de «artificiosidad» en la construcción de la doctrina del abuso.

Seguidamente, esta doctrina es completada por la sentencia Schweppes, ya mencionada anteriormente. En este caso se aborda la aplicación de las cláusulas antiabuso en el ámbito de la imposición directa sobre el beneficio de sociedades. Este caso versa sobre una reestructuración en la que el grupo Cadbury Schweppes crea dos filiales en Irlanda con el objetivo de obtener financiamiento y ofrecerlo al grupo, cuya empresa matriz permanecía en Reino Unido. Las filiales en Irlanda tributaban a unos tipos en el impuesto sobre beneficios corporativos del 10%, más bajos que en el Reino Unido. La administración tributaria británica procedió a aplicar una cláusula de transparencia fiscal internacional para gravar en Reino Unido los beneficios de una de las filiales, ya que la otra finalizó el período impositivo con pérdidas.

Sin embargo, el TJUE concluyó que el mero hecho de beneficiarse de ventajas fiscales de otro Estado miembro no es suficiente para considerar que hay abuso. Las restricciones a la libertad de establecimiento solo son justificables si las normas antiabuso nacionales buscan específicamente evitar estructuras artificiales sin realidad económica, creadas con el único fin de eludir impuestos. Se añade que, para determinar la existencia de tales estructuras, debe haber una intención de obtener una ventaja fiscal (elemento subjetivo) y un elemento de carácter objetivo, que se evidencia en el hecho de no haber alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento, sin perjuicio del respeto formal de las condiciones señaladas en el Derecho Comunitario. Por último, el TJUE admite que las cláusulas antiabuso

nacionales puedan ser fundadas en presunciones *iuris tantum* de la existencia de tales montajes, siempre que los indicios sean graves y sea admisible la prueba en contrario por parte del contribuyente, respetando, en todo caso, las exigencias del principio de proporcionalidad.

Posteriormente, tiene lugar la Sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, asunto C-524/04⁴⁹. En este caso, el TJUE avala su doctrina derivada de los asuntos Halifax y Cadbury Schweppes.

Atendiendo a la jurisprudencia más reciente, destaca el caso Eqiom SAS, asunto C-6/16⁵⁰, en el cual se abordó la aplicación de una cláusula antiabuso relacionada con la exención de dividendos entre empresas matrices y filiales, según la normativa francesa. El ordenamiento nacional exigía que para poder aplicar la exención de la Directiva matriz-filial en aquellos casos donde las matrices eran propiedad de sociedades en países terceros, la matriz debía acreditar que la cadena de participaciones no tenía por objetivo principal, o uno de ellos acogerse a la exención.

En este contexto, el TJUE procedió a analizar si esta norma nacional excedía de lo permitido en el artículo 1.2 de la Directiva 90/435/CEE, el cual permite la existencia de disposiciones nacionales para evitar fraudes y abusos. Pues bien, el TJUE, primero de todo, aclara que el objetivo de la exención de dividendos en estos casos, no es otro que evitar la doble imposición o la imposición en cadena de dichos beneficios. Por su parte, la Administración francesa justifica su norma para evitar el *treaty-shopping*, donde sociedades de países terceros se benefician indebidamente de la exención.

A la luz del TJUE, el objetivo de la norma antielusión es lícito y conforme a la Directiva, sin embargo, la forma en la que se ha configurado no es acorde con el Derecho comunitario, ya que contempla cualquier situación en la que una sociedad matriz europea residente fuera de Francia es controlada directa o indirectamente por sociedades residentes en países terceros, sin basarse en la sospecha de la existencia real de una estructura societaria fraudulenta. A juicio del TJUE, el supeditar la exención a que se acredite que la cadena de participaciones no tiene por objetivo

⁴⁹ STJUE de 13 de marzo de 2007 asunto Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04).

⁵⁰ STJUE de 7 de septiembre de 2017 asunto Eqiom SAS (C-6/16).

principal acogerse a la exención, sin que las autoridades nacionales estén obligadas a aportar un principio de prueba o indicio del fraude, va en detrimento de la Directiva 90/435, el cual buscar evitar la doble imposición de los beneficios distribuidos por filiales a sus matrices, además de suponer una restricción a la libertad de establecimiento.

Por último, cabe recalcar la jurisprudencia más reciente, la cual se sitúa en dos Sentencias de 26 de febrero de 2019 recaídas en los asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 en relación con la Directiva 90/435/CEE (Matriz-filial) y en los asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, en relación con la Directiva 2003/49/CE. En estos casos se resuelven una variedad de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales daneses a raíz de las exenciones establecidas en las Directivas citadas anteriormente, a sociedades *holding* controladas por entidades sin derecho a beneficiarse de estas exenciones, las llamadas sociedades danesas.

Ambas sentencias se basan en la existencia de un principio general del derecho en la UE; a saber: *“los justiciables no pueden invocar el derecho de la Unión de forma abusiva o fraudulenta. Añadiendo que dicho principio general debe oponerse a una persona que invoca determinadas normas del derecho de la Unión que establecen una ventaja, si la aplicación que pretende de tales normas es incongruente con los objetivos para los que se adoptaron”*.

El TJUE confirma que el abuso de derecho ocurre cuando hay una discrepancia entre el espíritu y el objetivo de la norma y los efectos prácticos logrados mediante una operación. Dicha discrepancia no se da solo por obtener una ventaja fiscal, sino que requiere de un elemento de artificiosidad creado para obtener dicha ventaja. Aclara que, aunque un contribuyente busque el régimen fiscal más favorable, esto no constituye por sí solo una presunción de fraude o abuso. De todas formas, no se puede disfrutar de un derecho o ventaja derivada del Derecho comunitario si la operación es puramente artificial y pretende eludir la legislación del Estado miembro.

Además, se señalan algunos elementos indiciarios que pueden ser considerados para acreditar la falta de actividad económica sustantiva en la sociedad preceptora de las rentas, así como el carácter de mera entidad canalizadora de rentas. Establece como ejemplos la constitución de sociedades que carezcan de una finalidad económica, transferencia inmediata y de forma sistemática de intereses y dividendos obtenidos

por otras sociedades del grupo, obtención de beneficios exiguos para sociedades instrumentales o la ausencia efectiva de un poder de disposición sobre los intereses y dividendos percibidos.

Para el TJUE, estos indicios no carecen de valor en aquellos supuestos en los que el beneficiario efectivo resida en un estado con el que medie un convenio de doble imposición que no permita gravar al país de la fuente. Es decir, aquellas situaciones en que los dividendos hubiesen resultado exentos en caso de pago a una sociedad residente en un país tercero, no puede excluirse que dicha estructura se haya diseñado con el fin de incurrir en un abuso de derecho.

En definitiva, las cláusulas antielusión buscan asegurar que la tributación se corresponda realmente por los beneficios obtenidos, evitando aquellos actos o negocios jurídicos en los que se trate de aprovechar una ventaja fiscal de manera fraudulenta o abusiva. Las autoridades internacionales, en aras de luchar contra el aprovechamiento indebido de las normativas fiscales, buscan hacer tributar los beneficios en su lugar de generación, donde se manifiesta la capacidad económica⁵¹.

3. Análisis del Derecho Comparado

En el modelo americano impera la doctrina *business purpose*, expresión que puede traducirse como «finalidad de negocios». Ésta, forma parte de un conjunto de doctrinas utilizadas por los tribunales estadounidenses; la primera de ellas, es denominada como la figura del *sham*, equivalente al término simulación en nuestro ordenamiento, la doctrina *step transactions* postula la consideración unitaria en determinadas operaciones o negocios formalmente independientes, y por último, el principio *substance over form*, principio interpretativo de alcance general cuya aplicación se extiende más allá del derecho tributario, según éste, la «sustancia» de los actos y negocios jurídicos predominan sobre su forma. Existe cierta controversia acerca de si estas doctrinas son distintas manifestaciones de una doctrina más general.

⁵¹ ALONSO GARCÍA, J., «Evolución de las cláusulas antiabuso en la normativa y jurisprudencia comunitaria», *Agencia Estatal de Administración Tributaria, Cuadernos de Formación*. Colaboración 2/22. Volumen 28/2022, p. 27-31.

Algunos autores se postulan a favor del principio *substance over form*⁵², mientras que otros abogan por la doctrina del *business purpose*⁵³.

La doctrina del *business purpose* nace en la sentencia *Helvering v. Gregory* dictada en el año 1934 por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito federal, cuyo ponente fue el juez federal Learned Hand. En este caso, la señora Evely F. Gregory, única propietaria de la sociedad A, entre cuyos activos figuraban acciones de otra entidad B. Pues bien, ella quería vender esas acciones para su beneficio personal, pero en este caso, al recibirlas directamente, ello hubiera resultado en un dividendo gravado. En este contexto, para eludir este gravamen, constituyó una sociedad C a través de una reorganización similar a una escisión. Así, la sociedad A transfirió las acciones de B a C, seis días después la sociedad C de nueva creación, fue disuelta y Gregory recibió las acciones de B en liquidación. Gregory argumentó que la entrega de las acciones de C no generaba renta imponible alguna porque era parte de un plan de reorganización, declarando como renta, únicamente, la diferencia entre el valor y el coste de adquisición de las acciones de B. Por el contrario, el comisionado de impuestos competente, el señor Helving sostuvo que la transferencia no era una verdadera reorganización y que en realidad era una distribución de dividendos en especie de las acciones de B⁵⁴.

Finalmente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos falló lo siguiente;

En este caso, el motivo de eludir impuestos no es relevante, poniendo el foco en que se trata de una operación carente de finalidad de negocios o societaria (*business or corporate purpose*). La operación realizada fue un artificio disfrazado de reorganización empresarial, cuyo único objetivo era transferir acciones a ella misma y no reorganizar un negocio. La nueva corporación era solo fachada y no llegaba a constituir otro propósito. A pesar de que la reestructuración siguió formalmente las

⁵² ZIMMER, F., «General Report», en IFA. «*Form and Substance in tax law*». Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo Congress. La Haya: Kluwer, 2002, p.62

⁵³ AVERY JONES, J.F. y WARD, D.A., «The Business purpose test and abuse of rights». *BTR*, nº2, 1985.

⁵⁴ Véase, LOSTAO PRADO, J.M, «El Régimen especial de neutralidad fiscal», TFG, año 2022, Comillas Universidad Pontificia, p.39 y REJANO GÓMEZ, P, «El Régimen especial de neutralidad fiscal en el impuesto sobre sociedades, especial referencia a los motivos económicos válidos y su función de cláusula antiabuso», TFM, curso 2019/2020, Universidad de Sevilla, p.54.

características de una escisión, en realidad supuso una transferencia disfrazada. De esta manera, la regla que excluye el motivo de elusión fiscal no procede en este supuesto, de lo contrario se daría prioridad a la apariencia sobre la realidad y se socavaría la finalidad de la norma legal.

Por lo tanto, se puede considerar que la doctrina del *business purpose* realiza una función interpretativa de la norma fiscal desde un punto de vista teleológico, inaplicando el régimen de neutralidad fiscal cuando no exista motivo económico no-fiscal suficiente que sustente la operación de reestructuración. Dicha doctrina sienta las bases de las cláusulas generales en el derecho anglosajón y continental⁵⁵.

Esta doctrina interpretativa ha experimentado una positivización que se manifiesta en el *Internal Revenue Code* (IRC), parte interna de la normativa fiscal federal norteamericana, la cual recoge la regulación sobre las distintas figuras tributarias. En su sección 368 se recoge el régimen especial de ciertas operaciones como aquellas denominadas «*incorporation transactions, corporate reorganizations and subsidiary liquidations*». Este tipo de operaciones, reciben un tratamiento fiscal similar al dispuesto en nuestra normativa para aquellas operaciones sujetas al régimen de neutralidad fiscal. Concretamente, reciben un tratamiento *tax-free*, por el cual la tributación queda diferida, ajustándose mejor al término *tax-deferred* (impuesto diferido, traducido al castellano).

En lo que respecta al análisis de las cláusulas antielusión, en el panorama europeo conviven distintas aplicaciones de las mismas. Por ejemplo, en países como Bélgica, Francia o Alemania, predominan las cláusulas generales antielusión basadas en el fraude de ley, el cual ha de ser acreditado previamente. En los Países Bajos se puede encontrar una cláusula general antielusión de origen jurisprudencial. Sin embargo, en el este del continente, países como Portugal, Grecia abogan por la doctrina de la sustancia sobre la forma promulgada por el modelo estadounidense. Por último, países como España e Italia, adoptan posiciones intermedias. Estos estados se caracterizan por disponer de cláusulas antiabuso específicas, en el caso de España, como se ha visto a lo largo del documento, tal cláusula se encuentra inserta en el artículo 89.2 de

⁵⁵ PALAO TABOADA, C, «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 62/2002, pp. 72-75.

la LIS, además de la cláusula general prevista en el artículo 15 de la LGT. Junto con lo que se puede considerar como la cláusula general antielusión, se han ido incorporando distintas cláusulas particulares cuyo supuesto de hecho no corresponde con lo dispuesto en el clausulado general (art.15 LGT), y que, por ejemplo, en el caso de España, se articula sobre «motivo económico válido» en los supuestos de reestructuraciones empresariales⁵⁶.

V. Conclusiones

El régimen de neutralidad fiscal regulado originalmente en la Directiva 90/434/CEE con su respectiva transposición en la LIS, ha resultado clave en aras de favorecer el crecimiento y reestructuración de las sociedades mercantiles y evitar, a través de sus diversas herramientas, donde destaca la figura del diferimiento tributario, que dichas entidades no se vean cohibidas a la hora de ejecutar su expansión debido al considerable gravamen al que podrían quedar sometidas si la aplicación de este régimen especial no procediese.

Por otra parte, conviene remarcar la cláusula antielusión específica inserta en el propio régimen de neutralidad fiscal y la importancia de comprender el concepto de «motivos económicos válidos» con el fin de dotar a este régimen especial de la protección necesaria y preservar la finalidad del mismo, que es evitar el fraude y evasión fiscal. Para ello, hay que ir más allá de la literalidad de la ley, es por ello que nos encontramos ante una jurisprudencia tan rica y amplia, en parte por la importancia que reviste este régimen en nuestro ordenamiento jurídico y la necesidad de marcar unas pautas correctas a la hora de aplicar estos preceptos.

Es más, una vez estudiado con detenimiento dicho régimen especial, se es consciente de la relevancia jurídica que esta regulación específica tiene sobre el marco normativo fiscal general. Aunque, sus cláusulas se aplican únicamente a ciertos tipos de reestructuraciones societarias, no hay que obviar la influencia que ha supuesto en conceptos generales del ámbito tributario, tales como el abuso de derecho, el fraude

⁵⁶ FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD, «Cláusula general antiabuso en España: Propuestas para una mayor seguridad jurídica». Junio 2015, pp.13-20.

o la evasión, la economía de opción o las cláusulas antielusión. Es evidente que su evolución normativa y el constante desarrollo jurisprudencial, así como las diversas resoluciones de la Administración tributaria, han contribuido de manera notable a su esclarecimiento.

Como se ha visto en la última parte del trabajo, es impactante como estos conceptos jurídicos llevan presente durante décadas. En concreto, la doctrina anglosajona con su teoría del *business purpose*, ya comenzó a dar las primeras pinceladas de lo que hoy en día se conoce en España como «motivos económicos válidos». Es evidente que estas doctrinas pioneras han sido modificadas y readaptadas a lo largo de los años, pero su idea y razón de ser se mantiene intacto y en su momento supuso una teoría rompedora en los sistemas tributarios imperantes, los cuales empezaron a constituirse a través de estos novedosos conceptos jurídicos.

Sin embargo, la irrupción de los «motivos económicos válidos», el cual supuso una novedad en el panorama fiscal, adolecía de una importante ambigüedad la cual tuvo que ser solventada por la jurisprudencia comunitaria y nacional. En resumidas cuentas, se abogó por un examen global tomando las circunstancias concretas de la operación, una interpretación de los motivos económicos válidos relacionados con la lógica económica y que no son únicamente de ámbito fiscal y, por último, se establece una presunción de fraude fiscal debido a la ausencia de motivos económicos válidos, donde la Administración debe fundar la inaplicación del régimen especial en una realidad objetiva, mientras que el contribuyente tiene que alegar y probar mínimamente la existencia de estos motivos económicos válidos (carga equilibrada).

En un principio, es cierto que el contribuyente afrontaba este tipo de reestructuraciones con cierta inseguridad jurídica, sin embargo, la jurisprudencia ha ido paliando progresivamente ciertas lagunas al introducir conceptos como la inherencia y legitimidad de la ventaja fiscal del diferimiento tributario, la proporcionalidad cualitativa, diseñar un sistema de carga equilibrada entre la Administración y el contribuyente y fijar de manera convincente cuando nos situamos ante un supuesto carente de motivos económicos válidos que solamente persigue la ventaja fiscal.

VI. Bibliografía

AVERY JONES, J.F. y WARD, D.A., «The Business purpose test and abuse of rights». *BTR*, nº2, 1985.

ALONSO GARCÍA, J., «Evolución de las cláusulas antiabuso en la normativa y jurisprudencia comunitaria», *Agencia Estatal de Administración Tributaria, Cuadernos de Formación*. Colaboración 2/22. Volumen 28, 2022.

CUATRECASAS, «Pronunciamiento sobre las escisiones totales subjetivas: Según el TSJ, la normativa española no se ajusta a la Directiva de fusiones», Área de conocimiento e innovación, 30 de octubre de 2023 (Consulta a 29 de marzo de 2024).

EY ABOGADOS, «Boletín de Actualización Fiscal», número 126, junio de 2023.

FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD, «Cláusula general antiabuso en España: Propuestas para una mayor seguridad jurídica». Junio 2015.

GARCÍA NOVOA, C.: «Motivo económico válido y economía de opción. Sentencia Securitas del Tribunal Supremo» *Revista de Contabilidad y Tributación*, febrero 2023, núm. 479.

LARGO GIL, R. *Derecho mercantil I, El empresario, empresario individual y derecho de sociedades*, Vol. II, 5^a edic., Kronos, Zaragoza, 2019.

LOSTAO PRADO, J.M, «El Régimen especial de neutralidad fiscal», *Comillas Universidad Pontificia*, TFG, año 2022.

MARÍN BENÍTEZ, G.: «Yo opiné antes. Yo opino ahora. Reflexiones sobre los motivos económicos válidos y las reestructuraciones empresariales». *FiscalBlog*, 08/09/2023.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Lecciones de derecho mercantil*, V. I, 16^a edic., Civitas, Pamplona, 2018.

MORALES GIL, T. IBORRA, S. PÉREZ, C.: «Los motivos económicos válidos y la ventaja fiscal a regularizar en operaciones de reestructuración empresarial». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, diciembre 2023.

NAVARRO EGEA, M, *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, Marcial Pons, Madrid 1997.

PALAO TABOADA, C, «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 62, 2002.

REJANO GÓMEZ, P, «El Régimen especial de neutralidad fiscal en el impuesto sobre sociedades, especial referencia a los motivos económicos válidos y su función de cláusula antiabuso», *Universidad de Sevilla*, TFM, curso 2019/2020.

SANZ GÓMEZ, R.J: *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas Thomson-Reuters, 2012.

SOLER SANZ-RAMOS, P., CUESTA CUESTA, L., ÁLVAREZ BARBEITO, P.: «La DGT determina que los motivos económicos válidos no constituyen un requisito sine qua non para apreciar la existencia de ventaja especial en operaciones de reestructuración empresarial». *Ánalisis Fiscal Gómez Acebo & Pombo*, 5 de octubre de 2023.

USÓN VEGAS, B. SOTERAS ENCISO, J.: «La Consulta Vinculante 2214/2023 sobre la ventaja fiscal a regularizar en las operaciones FEAC» *Grupo de expertos en Impuesto sobre Sociedades y Contabilidad*, AEDAF, Asociación Española de Asesores Fiscales, año 2023.

ZALAZINSKI, A.: «Proportionality of Anti-avoidance and anti-abuse measures in the ECJ's Direct Tax Case law», *Intertax*, vol. 35, núm. 5.

ZIMMER, F., «General Report», en IFA. «*Form and Substance in tax law*». Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo Congress. La Haya: Kluwer, 2002.