



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS OPERACIONES
DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN LA
LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES:
Análisis jurídico de su aplicación, límites y
compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea**

Autor: Pablo Lorca Cuadrado
5º E-3 B

Derecho Tributario

Madrid
Marzo 2025

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
II. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, CANJE DE VALORES, APORTACIONES NO DINERARIAS Y CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL	9
2.1. PARTICULARIDAD DEL RÉGIMEN RESPECTO DE OTROS RÉGIMENES ESPECIALES PREVISTOS EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES	9
2.1.1. <i>Configuración objetiva del régimen</i>	9
2.1.2. <i>Configuración como un régimen de alcance transversal</i>	9
2.2. OPERACIONES AMPARADAS POR EL RÉGIMEN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD TRANSMITENTE Y SUS SOCIOS	10
2.2.1. <i>Configuración jurídica y fiscal de las operaciones de fusión en el marco del régimen especial</i>	11
2.2.3. <i>Configuración jurídica y fiscal de las operaciones de aportación no dineraria en el marco del régimen especial</i>	17
2.2.4. <i>Configuración jurídica y fiscal de las operaciones de canje de valores en el marco del régimen especial</i>	19
2.2.5. <i>Configuración jurídica y fiscal de las operaciones de cambio de domicilio social en el marco del régimen especial</i>	21
2.3. DELIMITACIÓN DEL TRATAMIENTO FISCAL DERIVADO DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL: ENTIDADES INTERVINIENTES, VALORACIÓN Y EFECTOS TRIBUTARIOS	22
2.3.1. <i>Implicaciones del régimen especial desde la perspectiva de la entidad transmitente</i>	22
2.3.2. <i>Implicaciones del régimen especial desde la perspectiva de la entidad adquirente</i>	26
2.4. REQUISITOS FORMALES PARA LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL	29
2.4.1. <i>Deber de comunicación a la Administración Tributaria y sujetos obligados</i> ²⁹	
2.4.2. <i>Incumplimiento del requisito formal de comunicación: causas y consecuencias</i>	30
2.5. RENUNCIA A LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL	31
2.5.1. <i>Presupuestos y condiciones exigidas para el ejercicio de la renuncia</i> ..	31

2.5.2.	<i>Fundamentación fiscal de la decisión de renunciar</i>	31
2.5.3.	<i>Implicaciones tributarias de la renuncia total al régimen</i>	32
2.5.4.	<i>Implicaciones tributarias de la renuncia parcial al régimen</i>	32
2.6.	APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL A LAS OPERACIONES DE FUSIÓN, ESCISIÓN, CANJE DE VALORES, APORTACIONES NO DINERARIAS Y CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL	32
2.7.	ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TRIBUTACIÓN DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN AL AMPARO DEL RÉGIMEN ESPECIAL Y DEL RÉGIMEN GENERAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ENTIDAD TRANSMITENTE Y ADQUIRENTE	33
2.8.	ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TRIBUTACIÓN DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN AL AMPARO DEL RÉGIMEN ESPECIAL Y DEL RÉGIMEN GENERAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS SOCIOS DE LA ENTIDAD TRANSMITENTE	35
III.	CLAUSULA ANTIABUSO: FRAUDE O EVASIÓN FISCAL Y MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS	37
3.1.	FUNDAMENTO E IMPLICACIONES DE LA INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO	37
3.2.	REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO	38
3.2.1.	<i>Definición e interpretación de los requisitos de aplicación de la cláusula antiabuso</i> ⁴⁰	
3.2.2.	<i>Delimitación conceptual de la economía de opción frente al fraude o la evasión fiscal y motivo económico válido</i>	46
V.	BIBLIOGRAFÍA	56
5.1.	LEGISLACIÓN	56
5.2.	JURISPRUDENCIA	57
5.3.	OBRAS DOCTRINALES	60
5.4.	RECURSOS DE INTERNET	61

LISTADO DE ABREVIATURAS

BIN	Base Imponible Negativa
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEE	Comunidad Económica Europea
CE	Constitución Española
CV	Consulta Vinculante
DGT	Dirección General de Tributos
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EDD	El Derecho Digital
EU	Unión Europea
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
IVTNU	Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana
JT	Jurisprudencia Tributaria
LGT	Ley General Tributaria
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LME	Ley de Modificaciones Estructurales
NRV	Norma de Registro y Valoración
OP CIT	Opere Citato
OS	Operaciones Societarias
PGC	Plan General de Contabilidad
RIS	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades
RLME	Real Decreto Ley de la Ley de Modificaciones Estructurales
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
S.A.	Sociedad Anónima
S.L.	Sociedad Limitada
SE	Sociedad Europea
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

RESUMEN

El régimen especial aplicable a las operaciones de reorganización empresarial se ha consolidado como una herramienta clave para garantizar la neutralidad fiscal en contextos donde la eficiencia estructural es esencial. Sin embargo, su aplicación en el ordenamiento español ha generado importantes controversias interpretativas, especialmente en relación con la cláusula antiabuso. Este trabajo, a partir de un análisis sistemático de la normativa interna, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina comunitaria, pone de relieve que, pese a los avances interpretativos por parte de los tribunales, la redacción vigente del artículo 89.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, al introducir el concepto de “ventaja fiscal” como criterio autónomo de exclusión, se aparta de los objetivos perseguidos por la Directiva 2009/133/CE. Se concluye que esta divergencia normativa compromete la seguridad jurídica del contribuyente y evidencia la necesidad de una reforma que restablezca la coherencia del sistema con los principios de la Directiva.

PALABRAS CLAVE

Régimen especial, neutralidad fiscal, cláusula antiabuso, ventaja fiscal, seguridad jurídica.

ABSTRACT

The special tax regime applicable to corporate reorganisation operations has become a key instrument for ensuring tax neutrality in contexts where structural efficiency is essential. However, its implementation within the Spanish legal framework has given rise to significant interpretative uncertainties, particularly concerning the anti-abuse clause. This study, based on a systematic analysis of domestic legislation, Supreme Court case law and relevant EU doctrine, highlights that, despite the interpretative developments made by the courts, the current wording of Article 89.2 of the Spanish Corporate Income Tax Act—by introducing the concept of "tax advantage" as an autonomous ground for exclusion—deviates from the objectives set out in Directive 2009/133/EC. It is concluded that such normative divergence undermines the legal certainty of the taxpayer and underscores the need for legislative reform to restore consistency with the principles of European Union law.

KEY WORDS

Special tax regime, Tax neutrality, Anti-abuse clause, Tax advantage, Legal certainty.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen fiscal especial aplicable a las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores y cambio de domicilio social, regulado en la actualidad en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades¹, se erige como uno de los mecanismos fiscales de mayor relevancia tanto en el plano interno como en el ámbito de la Unión Europea. Su importancia no reside únicamente en la magnitud económica de las operaciones a las que se aplica, sino en su capacidad para facilitar procesos de reorganización empresarial sin que éstos se vean distorsionados por cargas tributarias anticipadas que obstaculicen decisiones estratégicas legítimas.

En este sentido, la finalidad del régimen reside en evitar que las operaciones de reestructuración queden sujetas a una imposición inmediata que penalice su ejecución, eliminando así los obstáculos fiscales derivados de restricciones normativas o asimetrías entre los distintos ordenamientos tributarios nacionales². Desde una perspectiva más amplia, el legislador comunitario articuló este marco normativo en respuesta a la fragmentación fiscal existente en el seno de la Unión, con el objetivo de facilitar la construcción de un verdadero mercado interior. La Directiva 90/434/CEE respondió, por tanto, a la necesidad de ofrecer a las empresas un entorno normativo armonizado que les permitiera operar y expandirse en el ámbito europeo como si de un único espacio económico se tratase, fortaleciendo su posición frente a potencias económicas globales como Estados Unidos o China mediante el estímulo a la integración de estructuras empresariales paneuropeas³.

Ahora bien, la aplicación práctica de este régimen no ha estado exenta de dificultades. La inclusión de una cláusula antiabuso en el texto original y en la actual Directiva

¹ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de noviembre 2014).

² 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 (DOCE 20 de agosto 1990).

³ Comisión de las Comunidades Europeas, “Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria”, EUR-Lex, 2001 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0582:FIN:ES:PDF>; última consulta 4/02/2015).

2009/133/CE⁴, con una redacción apoyada en conceptos jurídicos indeterminados — como el de “motivo económico válido”— ha generado una notable inseguridad jurídica, al dejar un amplio margen a la interpretación por parte de los Estados miembros. Este margen ha dado lugar a transposiciones normativas divergentes que se han apartado del espíritu armonizador que inspira la Directiva. En particular, el caso español ha sido objeto de especial controversia, debido a la incorporación en su normativa interna de formulaciones especialmente restrictivas que dificultan la aplicación del régimen por parte de los contribuyentes. Antes esta situación, la Comisión Europea ha decidido denunciar al Estado español ante el TJUE por no garantizar una correcta aplicación de la Directiva.⁵

Este escenario ha motivado el presente Trabajo de Fin de Grado, cuyo objetivo es analizar conforme a los principios y objetivos establecidos por la normativa europea la configuración y aplicación del régimen especial de reestructuraciones en España, para así poder identificar el origen de la problemática. Para ello, en una primera parte, se procederá al análisis técnico del régimen especial, atendiendo a su configuración objetiva y subjetiva, así como a los efectos fiscales que produce en las entidades intervinientes y en sus socios. Posteriormente, se abordará el estudio de la cláusula antiabuso como mecanismo de control normativo, centrandó la atención en la interpretación y aplicación del concepto de “motivo económico válido” y su repercusión en la seguridad jurídica del contribuyente. Finalmente, se examinará la doctrina jurisprudencial más reciente del Tribunal Supremo en relación con la aplicación del artículo 89.2 de la LIS⁶, con el fin de valorar si su desarrollo interpretativo se alinea con el marco jurídico definido por la

⁴ 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 SE o una SCE de un Estado miembro a otro. (DOUE 25 de noviembre 2009).

⁵ Montero Aramburu Abogados, “La Comisión Europea lleva a España ante el TJUE por no garantizar la correcta aplicación de la Directiva 2009/133/CE, sobre fusiones”, Montero Aramburu Abogados (disponible en <https://www.montero-aramburu.com/la-comision-europea-lleva-a-espana-ante-el-tjue-por-no-garantizar-la-correcta-aplicacion-de-la-directiva-2009-133-ce-sobre-fusiones/>; última consulta 15/01/2025).

⁶ Artículo 89.2 de la LIS “*No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.*”

normativa europea y contribuye a garantizar una aplicación coherente y previsible del régimen.

II. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, CANJE DE VALORES, APORTACIONES NO DINERARIAS Y CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL

2.1. Particularidad del régimen respecto de otros regímenes especiales previstos en la Ley del Impuesto sobre Sociedades

2.1.1. Configuración objetiva del régimen

En primer lugar, este régimen, a diferencia de otros regímenes especiales contemplados en la normativa española, como el régimen de consolidación fiscal o el de las entidades de reducida dimensión, no se configura en función de la naturaleza de los sujetos pasivos del impuesto, sino que su aplicación depende exclusivamente del tipo de operación realizada⁷.

Esto implica que, aunque el régimen reciba la calificación de especial, en la práctica operará como el régimen general de estas operaciones pues, se deberá aplicar lo dispuesto en el capítulo VII del Título VII de la LIS, salvo renuncia expresa, en cuyo caso se aplicará lo establecido en el artículo 17 de la LIS.

2.1.2. Configuración como un régimen de alcance transversal

Aunque el régimen se encuentre regulado en los artículos 76 a 89 de la LIS, su alcance no se limita exclusivamente al Impuesto sobre Sociedades, sino que se extiende a otros tributos que inciden en las operaciones de concentración y reorganización empresarial. Esto se debe a que las operaciones acogidas por el régimen implican de manera inevitable, la realización de diversas actuaciones societarias, como la constitución de nuevas sociedades, ampliación de capital, emisión de nuevas acciones o participaciones y

⁷ Pérez Royo, I., “El Impuesto sobre Sociedades (II). Los regímenes especiales” en Pérez Royo, F. (dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2024, p. 526.

transmisiones de valores las cuales desde una perspectiva tributaria y en un contexto ordinario, estarían sujetas a distintos impuestos⁸.

Sin embargo, en virtud de este régimen especial, dichas operaciones pueden beneficiarse de un tratamiento fiscal específico que atenúa o neutraliza los efectos fiscales de la reorganización, ya sea mediante la no sujeción, la exención o la aplicación de normas fiscales diferenciadas. En este sentido, el régimen especial conlleva, entre otras implicaciones, la no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido⁹, la posible exención o no sujeción en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹⁰, la exención en el Impuesto sobre Operaciones Societarias (OS) y la no sujeción en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IVTNU).

2.2. Operaciones amparadas por el régimen desde la perspectiva de la sociedad transmitente y sus socios

El régimen fiscal especial se aplica a cinco modalidades de operaciones societarias, cuya definición concreta fue establecida por el legislador tributario en la Directiva 90/434/CEE¹¹. Ahora bien, aunque estas operaciones, orientadas a la concentración y reestructuración empresarial, también se encuentran reguladas en la normativa española¹², la Directiva no remite a dicha regulación. En su lugar, establece una lista cerrada de supuestos, delimitando un ámbito de aplicación más restrictivo en comparación con la legislación mercantil lo que implica que únicamente podrán

⁸ *Id.*

⁹ Artículo 7 de la LIVA.

¹⁰ Artículo 19.2 del TRLITPAJD.

¹¹ Directiva 90/434/CEE, *Op. cit.*, p. 2.

¹² Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE 29 de junio de 2023).

beneficiarse de este régimen aquellas operaciones que se ajusten a la definición recogida en el artículo 76 de la LIS¹³.

2.2.1. Configuración jurídica y fiscal de las operaciones de fusión en el marco del régimen especial.

En términos generales, el ordenamiento mercantil establece que una fusión se materializa cuando “dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.”¹⁴

Si analizamos esta operación desde una perspectiva fiscal, deberemos diferenciar dos actos distintos: en primer lugar, la transmisión de los patrimonios de las sociedades fusionadas, lo que puede tener incidencia en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. En segundo lugar, la asignación a los socios de los valores representativos del capital social de las entidades beneficiarias, operación que puede generar efectos fiscales en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o en el Impuesto sobre Sociedades, dependiendo de la naturaleza jurídica de los socios.

En el ámbito tributario, la normativa comunitaria y nacional acotan la aplicación del régimen a 3 tipos de fusión concretos: fusión por creación de una nueva sociedad, fusión por absorción y fusión impropia.

- a. La operación de fusión por creación de una nueva sociedad como modalidad de fusión desde la perspectiva tributaria: análisis e implicaciones

Esta operación recogida en el apartado a) del artículo 76.1 de la LIS, se distingue por la creación de una nueva entidad (la entidad adquirente), que asumirá el patrimonio de las

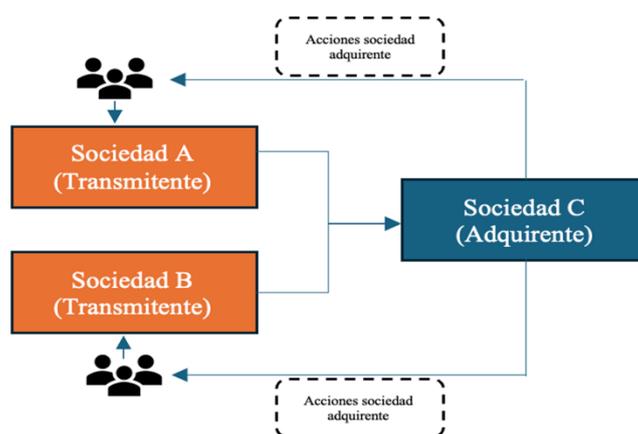
¹³ López Tello, J. y Cremades Schulz, M., “El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 25, 2012, p. 49.

¹⁴ Artículo 33 del RLME.

entidades extinguidas (sociedades transmitentes), constituyéndose expresamente con motivo de la fusión. En este proceso, las sociedades originarias que se disuelven sin liquidación transfieren la totalidad de sus activos y pasivos a la nueva entidad.

En relación con los socios de la entidad transmitente, estos recibirán, en proporción a su participación previa, como contraprestación por la transmisión, valores representativos del capital social de la entidad adquirente. Asimismo, y conforme a lo previsto en la normativa aplicable, dichos socios podrán recibir, cuando proceda, una compensación dineraria complementaria. No obstante, esta entrega en efectivo se encuentra sujeta a un límite cuantitativo, no pudiendo exceder del 10% del valor nominal de las acciones o participaciones sociales emitidas.¹⁵

Figura 1: Operación de fusión por creación de una nueva sociedad



Fuente: Elaboración propia a partir plangeneralcontable.com

- b. La operación de fusión por absorción como modalidad de fusión desde la perspectiva tributaria: análisis e implicaciones

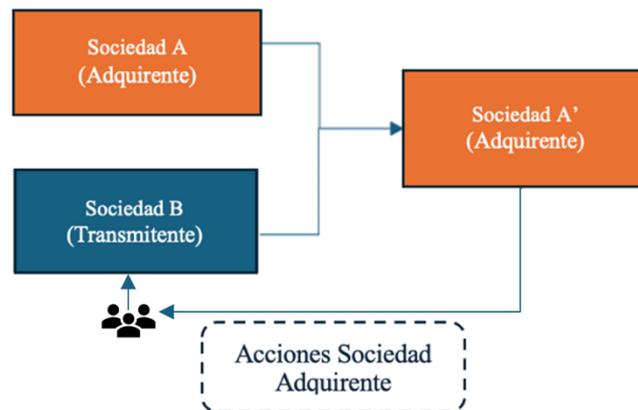
Estas operaciones, definidas en el apartado b) del artículo 76.1 de la LIS, se caracterizan porque el patrimonio de las sociedades disueltas (sociedades transmitentes) se transmite en bloque a una sociedad ya existente (sociedad adquirente).

Asimismo, como ocurre en las fusiones por creación, los socios de la entidad transmitente, en proporción a su participación previa, recibirán como contraprestación por la

¹⁵ Artículo 76.1 a) de la LIS.

transmisión, valores representativos del capital social de la entidad adquirente. Asimismo, y conforme a lo previsto en la normativa aplicable, dichos socios podrán recibir, cuando proceda, una compensación dineraria complementaria. No obstante, esta entrega en efectivo se encuentra sujeta a un límite cuantitativo, no pudiendo exceder del 10% del valor nominal de las acciones o participaciones sociales emitidas¹⁶.

Figura 2: Operación de fusión por absorción.



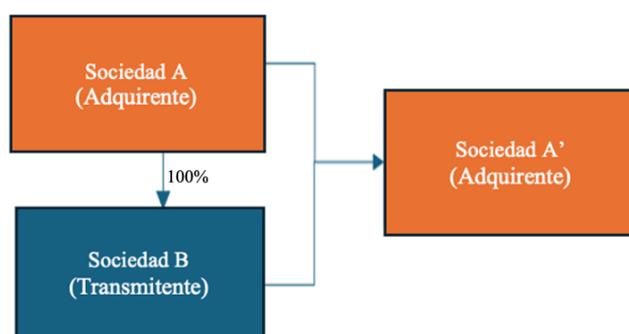
Fuente: Elaboración propia a partir plangeneralcontable.com

c. La operación de fusión impropia como modalidad de fusión: análisis e implicaciones

Esta operación se encuentra definida en el apartado c) del artículo 76.1 de la LIS, y se caracteriza por llevarse a cabo entre dos entidades vinculadas (adquirente o dominante-transmitente o dominada). En esta operación la sociedad transmitente, se encuentra íntegramente participada por la sociedad a la que transmite el conjunto de su patrimonio. Un ejemplo claro podría ser cuando una matriz absorbe a la empresa filial. Los socios de la entidad transmitente lo serán a su vez indirectamente de la entidad adquirente.

¹⁶ Artículo 76.1 b) de la LIS.

Figura 3: Operación de fusión de impropia



Fuente: Elaboración propia a partir plangeneralcontable.com

2.2.2. Configuración jurídica y fiscal de las operaciones de escisión en el marco del régimen especial.

Con carácter general, la delimitación jurídica de estas operaciones se recoge en la normativa mercantil, concretamente en los artículos 59¹⁷ y 60¹⁸ del RLME.

Desde el punto de vista fiscal deberemos distinguir dos actos separados: en primer lugar, la transmisión de los patrimonios de la sociedad escindida y, en segundo lugar, la asignación de los valores representativos de las entidades beneficiarias a los socios de la sociedad escindida. Por lo tanto, igual que sucede en las operaciones de fusión, esta operación no solo tendrá un impacto en el IS, sino también en el IRPF en el caso de que los socios sean personas físicas.

Para estas operaciones, la normativa tributaria nacional, acota la aplicación del régimen fiscal especial a tres modalidades de escisión: la escisión total, la escisión parcial y la escisión financiera. No obstante, desde la perspectiva del marco normativo comunitario,

¹⁷ Artículo 59 del RLME: “Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde ...”.

¹⁸ Artículo 60 del RLME: “1. Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, ...”.

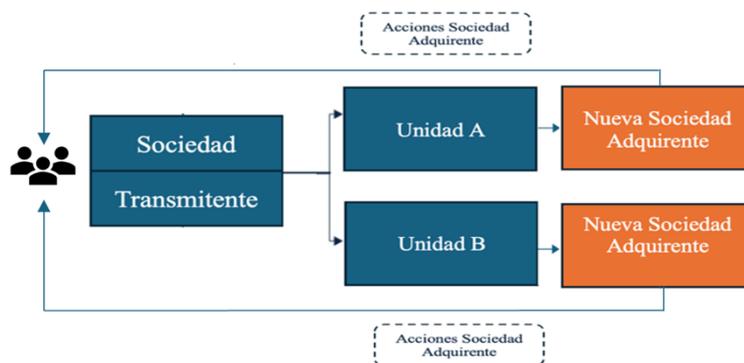
la regulación se circunscribe exclusivamente a las escisiones totales y parciales, sin contemplar expresamente la escisión financiera dentro de su ámbito de aplicación¹⁹.

- a. La operación de escisión total como modalidad de escisión desde la perspectiva tributaria: análisis e implicaciones

Esta operación, regulada en el apartado a) del artículo 76.2 de la LIS, consiste en la división del patrimonio de una sociedad (la sociedad transmitente), el cual es transmitido en su totalidad a dos o más sociedades (las sociedades adquirentes), nuevas o previamente existentes. Por lo tanto, al transferir la totalidad de su patrimonio, la sociedad transmitente se extinguirá con la operación.

Como sucede en la fusión por creación y por absorción, los socios de la sociedad transmitente, en proporción a su participación previa recibirán como contraprestación, valores representativos del capital social de las sociedades beneficiarias, nuevas o ya existentes, pudiendo ser una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al mismo²⁰.

Figura 4: Operación de escisión total



Fuente: Elaboración propia a partir plangeneralcontable.com

¹⁹ Lefebvre, *Op. Cit.*, n. 6343.

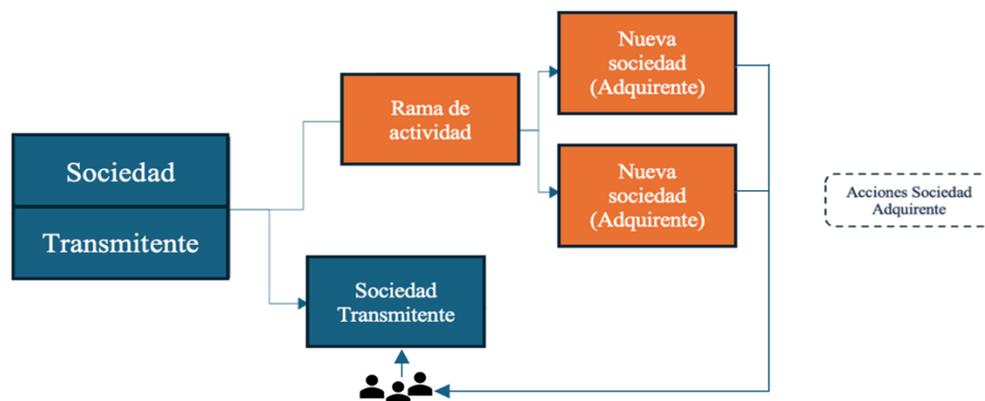
²⁰ Artículo 76.2 a) de la LIS.

b. La operación de escisión parcial como modalidad de escisión desde la perspectiva tributaria: análisis e implicaciones

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado b) del artículo 76.2 de la LIS, esta operación consiste en la segregación de una parte del patrimonio de una sociedad (sociedad transmitente), que es transferido a dos o más sociedades (sociedades adquirentes), ya sean de nueva creación o preexistentes, por lo tanto, a diferencia de la escisión total, en este caso la sociedad transmitente no se extingue. Además, para estas operaciones, la normativa exige que el patrimonio segregado como el que permanece en la sociedad escindida, deben constituir, cada uno por separado, una rama de actividad.

Los socios de la entidad escindida recibirán como contraprestación por la transmisión, valores representativos del capital social de la entidad adquirente en proporción a su participación previa. Asimismo, y conforme a lo previsto en la normativa aplicable, dichos socios podrán recibir, cuando proceda, una compensación dineraria complementaria. No obstante, esta entrega en efectivo se encuentra sujeta a un límite cuantitativo, no pudiendo exceder del 10% del valor nominal de las acciones o participaciones sociales emitidas²¹.

Figura 5: Operación de escisión parcial



Fuente: Elaboración propia a partir plangeneralcontable.com

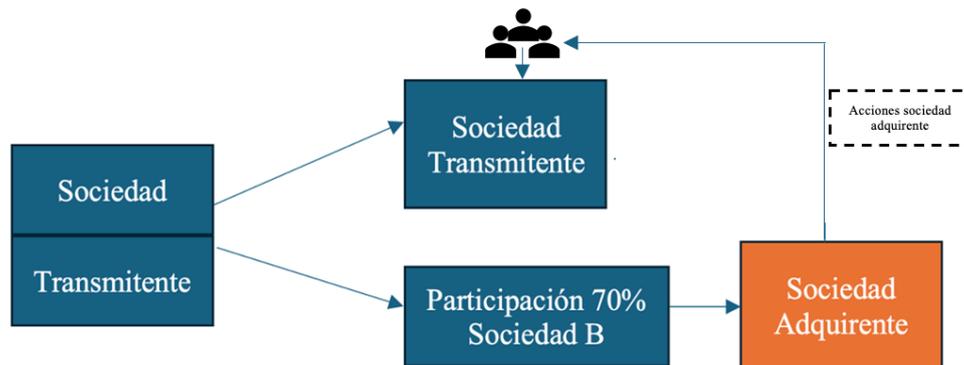
²¹ Artículo 76.2 b) de la LIS.

c. La operación de escisión financiera como modalidad de escisión desde la perspectiva tributaria: análisis e implicaciones

En este tipo de operaciones definidas en el apartado c) del artículo 76.2 de la LIS, una sociedad (entidad transmitente) segrega una parte de su patrimonio, constituida exclusivamente por participaciones sociales y que le otorgaban el control de las sociedades participadas. Ese conjunto de participaciones se transmite en bloque a una o varias sociedades (entidades adquirentes), que pueden ser de nueva creación o ya existentes.

Los socios de la sociedad escindida recibirán como contraprestación valores representativos del capital social de las sociedades nuevas o ya existentes, pudiendo recibir de manera una compensación dineraria que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al mismo²².

Figura 6: Operación de escisión financiera



Fuente: Elaboración propia

2.2.3. Configuración jurídica y fiscal de las operaciones de aportación no dineraria en el marco del régimen especial.

En el ordenamiento mercantil, esta operación se enmarca dentro de la categoría de escisiones y se conoce como operación de segregación²³. Sin embargo, como destacó la

²² Artículo 76.2 c) de la LIS.

²³ Artículo 61 del RLME: “Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica,

DGT en su resolución de 16 de julio de 2009²⁴, en el ámbito fiscal, se trata de una modalidad diferenciada, regulada en el artículo 76.3 de LIS.

Desde una perspectiva fiscal deberemos distinguir dos actos clave: en primer lugar, la transmisión de la rama de actividad de la sociedad escindida, lo que puede tener incidencia en la base imponible del IS. En segundo lugar, la asignación a la sociedad de los valores representativos del capital social de las entidades beneficiarias, lo que podrá tener efectos únicamente en el IS y no en el IRPF porque el destinatario será una persona jurídica.

- a. Las operaciones de aportación no dineraria desde la perspectiva tributaria: análisis e implicaciones y diferencias respecto de las escisiones parciales

Estas operaciones tienen lugar cuando una entidad (entidad transmitente) aporta, sin ser disuelta, a otra entidad (entidad adquirente) de nueva creación o ya existente, la totalidad o una o más ramas de actividad recibiendo como contraprestación valores representativos del capital social de la entidad adquirente. Estas operaciones, no tendrán repercusión para los socios de la entidad transmitente²⁵.

A pesar de su similitud con la escisión parcial, en la que también se produce la transmisión de una rama de actividad, se pueden apreciar dos grandes diferencias. En primer lugar, en relación con la atribución de los valores recibidos, mientras que, en la escisión parcial los valores representativos del capital social de la entidad adquirente se asignan directamente a los socios de la entidad transmitente, en la aportación no dineraria es la propia sociedad transmitente la que los recibe. En segundo lugar, debemos destacar que en la aportación

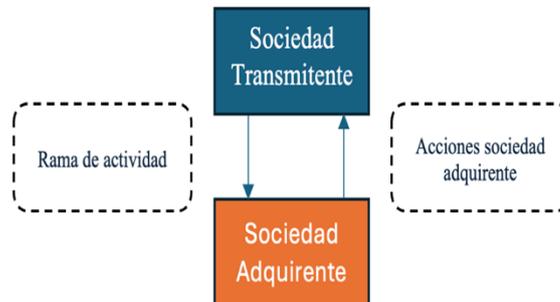
a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.”

²⁴ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos V1704-2009, de 16 de julio (EDD 2009/211022).

²⁵ Artículo 76.3 de la LIS.

no dineraria no se produce una disolución parcial, por lo tanto, no se producirá una reducción del capital social²⁶.

Figura 7: Operación de aportación no dineraria



Fuente: Elaboración propia

2.2.4. Configuración jurídica y fiscal de las operaciones de canje de valores en el marco del régimen especial.

Esta operación se diferencia de las demás operaciones, porque no se encuentra expresamente definida desde el punto de vista mercantil²⁷. Ahora bien, sí que se encuentra contemplada en la normativa fiscal, tanto en la legislación comunitaria como en la legislación nacional.

Desde el punto de vista tributario, debemos identificar dos actos diferenciados. La transmisión de participaciones sociales/acciones por parte de los socios de la sociedad dominada, lo cual podrá tener efectos en el IRPF o en el IS, en función de la naturaleza jurídica de los socios. En segundo lugar, se deberá tener en cuenta, la asignación de acciones/participaciones sociales por parte de la sociedad dominante a los socios de la sociedad dominada que, por la misma razón que en la primera operación, podrá tener efectos tanto en el IS como en el IRPF.

²⁶ Martínez Alfonso, A. y Borrás Amblar, F., *Casos prácticos de operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones, escisiones, adquisiciones de negocio, aportaciones no dinerarias, canje de valores y otras operaciones*, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 50.

²⁷ Lefebvre, *Op. Cit.*, n. 6517.

- a. Las operaciones de canje de valores desde la perspectiva tributaria: análisis e implicaciones y similitudes con las aportaciones no dinerarias

De conformidad con lo establecido en el artículo 76.5 de la LIS, esta operación se configura como la adquisición, por parte de una entidad (sociedad dominante), de una participación en el capital social de otra entidad (sociedad dominada o participada), con el objetivo de obtener o incrementar la mayoría de los derechos de voto. Además, como señala Martínez Alfonso, es imprescindible que dicha mayoría de votos se haya producido como consecuencia directa de la operación de canje de valores²⁸.

Los socios de la entidad transmitente recibirán como contraprestación, valores representativos de la entidad adquirente, aunque se les puede compensar en dinero siempre que ésta no sea superior al 10% del valor nominal o en su defecto, de un valor equivalente deducido de la contabilidad²⁹.

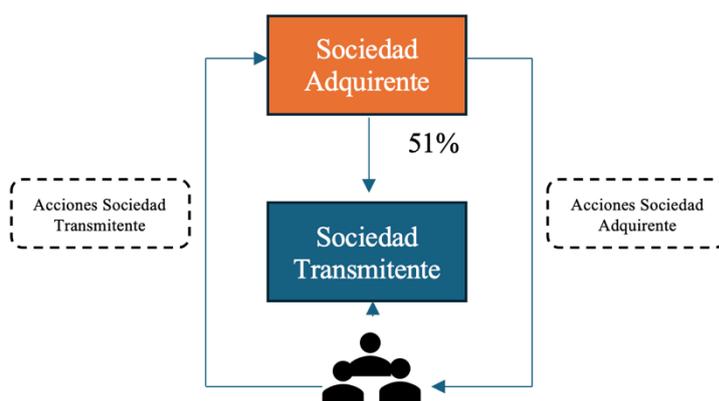
Estas operaciones presentan similitudes con las aportaciones de ramas de actividad, en tanto que también implican una aportación no dineraria —en este caso, de acciones— realizada en el marco de una ampliación de capital por parte de la entidad adquirente. La principal particularidad reside en que, en dichas ampliaciones, los accionistas de la entidad adquirente renuncian a su derecho de suscripción preferente.³⁰

²⁸ Martínez Alfonso y Borrás Amblar, *Op. cit.*, p.53.

²⁹ Artículo 76.5 de la LIS.

³⁰ Lefebvre, *Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores*, Memento Fiscal, Madrid, 2025, n. 6770.

Figura 8: Operación de canje de valores



Fuente: Elaboración propia

2.2.5. Configuración jurídica y fiscal de las operaciones de cambio de domicilio social en el marco del régimen especial

En virtud de lo establecido en el artículo 76.7 de la LIS, esta operación se produce cuando una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea traslada su domicilio social de un Estado miembro a otro. Sin embargo, tras dicho traslado, los bienes y derechos ubicados en territorio español continúan afectos a un establecimiento permanente situado en España.

Como se puede observar, esta operación a diferencia de las demás modalidades se caracteriza por la intervención exclusiva de una única entidad, la cual modifica su domicilio social, sin que ello implique la participación de otras sociedades en el proceso.

Esta operación se podrá comprender con mayor claridad través de un ejemplo: Una Sociedad Alemana con domicilio social en Alemania traslada su domicilio social Francia. Ahora bien, mantiene en España una oficina desde la que continúa desarrollando una actividad económica. Esta oficina se considera un establecimiento permanente y los activos situados en territorio español permanecen afectos a dicha actividad.

2.3. Delimitación del tratamiento fiscal derivado de la aplicación del régimen especial: entidades intervinientes, valoración y efectos tributarios

2.3.1. Implicaciones del régimen especial desde la perspectiva de la entidad transmitente

La entidad transmitente se entenderá que es³¹:

Operación	Entidad transmitente
Fusión	La entidad que se disuelve
Escisión	La entidad que se escinde
Aportación	La entidad que realiza la aportación
Cambio de domicilio social	La entidad afectada por dicho cambio.

a. Aplicación del régimen especial a entidades residentes y no residentes

En virtud de lo dispuesto en el artículo 77 de la LIS, el régimen fiscal especial se aplicará tanto a entidades transmitentes residentes como a no residentes.

En el caso de una entidad transmitente residente, el apartado a) del artículo 77 de la LIS, establece que podrán beneficiarse del régimen especial, aquellas operaciones en las que tanto la entidad transmitente como la adquirente tengan la condición de residentes fiscales en España, siempre que la transmisión involucre bienes y derechos situados en dicho territorio. Para determinar la residencia fiscal de una sociedad en España, el artículo 8 de la LIS establece que, será considerada residente si cumple, al menos, una de las siguientes condiciones: haber sido constituida conforme a la legislación española, tener su domicilio social en territorio español o poseer su sede de dirección efectiva en España.

Asimismo, los apartados b) y c) del artículo 77 de la LIS, amplían la aplicación del régimen a aquellos casos en los que la entidad transmitente residente realice transmisiones patrimoniales fuera de España a través de un establecimiento permanente. En este sentido, el artículo 13 de la LIRNR, considera que una entidad opera mediante un establecimiento

³¹ *Ibid.* N.6392.

permanente cuando dispone, de manera continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo en los que desarrolle toda o parte de su actividad, o cuando actúe mediante un agente autorizado para contratar en su nombre y por su cuenta, ejerciendo dichos poderes con habitualidad. No obstante, la normativa fiscal limita la aplicación del régimen a determinadas transmisiones transfronterizas, de manera que solo podrán acogerse, aquellas operaciones en las que la transmisión tenga como destinataria a una entidad residente en un Estado miembro cuando ésta se realice dentro de la Unión Europea, o aquellas operaciones en las que la entidad adquirente sea residente en España si la transmisión tiene lugar en un Estado no miembro³².

En lo que respecta a las entidades transmitentes no residentes, el artículo 77 en sus apartados d) y e), contempla la posibilidad de que puedan beneficiarse del régimen fiscal especial en dos supuestos. Este es el caso de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español por medio de un establecimiento permanente, así como aquellas transmisiones realizadas por entidades no residentes de participaciones en entidades residentes en territorio español³³.

b. Valoración fiscal de las acciones recibidas por lo socios como contraprestación en las operaciones de fusión y escisión

En el marco de estas operaciones concentración y reestructuración, los socios de la entidad transmitente perciben como contraprestación por sus participaciones en dicha entidad, acciones o valores representativos del capital social de la entidad adquirente. Esta operación puede generar para los socios una posible renta que se determinará por la diferencia entre el valor real de los títulos recibidos de la entidad adquirente y el valor de los títulos que originalmente poseían en la entidad transmitente³⁴.

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ Calvo Vázquez, J., *Fusiones y escisiones de sociedades: aspectos prácticos mercantiles y fiscales*, 4ªed., La Ley, Madrid, 2023, p. 1951.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81.1 de la LIS, dicha renta podrá acogerse al régimen fiscal especial siempre que los socios de la entidad transmitente ya sean personas físicas o jurídicas, reúnan los siguientes requisitos:

- Ostenten la condición de residentes en territorio español, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la LIS o en el artículo 9 de la LIRPF³⁵, respectivamente. No obstante, el régimen también podrá aplicarse en aquellos supuestos, en los que los socios sean residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o en un país tercero, siempre que los valores sean representativos del capital social de una entidad residente en territorio español³⁶.
- Reciban la consideración de entidad en régimen de atribución de rentas siempre que a la operación le sea de aplicación el régimen fiscal³⁷.

Desde el punto de vista fiscal, la aplicación del régimen especial implica que las acciones o valores representativos del capital social, recibidos en la operación, serán valorados fiscalmente conforme al valor de los títulos aportados por la entidad adquirente³⁸.

- a. Valoración fiscal de las acciones recibidas por los socios como contraprestación en las operaciones de aportación no dineraria

En este tipo de operaciones, la entidad transmitente puede generar una renta como consecuencia de la diferencia entre el valor de mercado de las acciones o valores patrimoniales representativos del capital social que reciba de la entidad adquirente y el valor fiscal de los elementos patrimoniales aportados, ya se trate de una rama de actividad o de cualquier otro activo susceptible de transmisión.³⁹

³⁵ Artículo 9 de la LIRPF: “a) *Que permanezca más de 183 días, durante el año natural, en territorio español...* b) *Que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta...*”.

³⁶ Lefebvre, *Op. Cit.*, n. 6392.

³⁷ *Id.*

³⁸ *Ibid.* n. 6431.

³⁹ Calvo Vérguez, J., *Op. cit.*, p. 2074.

Desde el punto de vista fiscal, la aplicación del régimen especial, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la LIS⁴⁰, implica que las acciones o elementos patrimoniales recibidos por la entidad transmitente se deberán valorar por el mismo valor de la rama de actividad o elementos patrimonial aportados por la sociedad adquiriente.

b. Valoración fiscal de las acciones recibidas por los socios como contraprestación en las operaciones de canje de valores

La ejecución de estas operaciones puede generar, para los socios de las entidades intervinientes, la obtención de una renta cuyo importe se determinará a partir de la diferencia entre el valor de mercado de los valores recibidos en el canje y el valor fiscal de los títulos inicialmente aportados⁴¹.

En virtud de lo establecido en el artículo 80.1 de la LIS, para que dicha renta pueda acogerse al régimen fiscal especial, los socios deberán cumplir los mismos requisitos previstos para las operaciones de fusión y escisión⁴². Esto implica que su tratamiento fiscal dependerá de la residencia fiscal del socio, así como de la naturaleza jurídica de la entidad adquirente.

Desde un enfoque tributario, la aplicación del régimen supone que las acciones que reciban los socios de la entidad como consecuencia del canje, conservaran el valor de las antiguas acciones⁴³.

⁴⁰ Art. 79.1 de la LIS.

⁴¹ Lefebvre, *Op. Cit.*, n. 6517.

⁴² Artículo 80.1 de la LIS: “No se integrarán en la base imponible de este Impuesto...a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España. Cuando el socio tenga la consideración de entidad en régimen de atribución de rentas...”.

⁴³ Lefebvre, *Op. Cit.*, n. 6517.

2.3.2. Implicaciones del régimen especial desde la perspectiva de la entidad adquirente

La entidad adquirente se entenderá que es:

Operación	Entidad transmitente
Fusión	La entidad absorbente
Escisión	La entidad que recibe el patrimonio
Aportación	La entidad que recibe la aportación

a. Aplicación del régimen especial a entidades residentes y no residentes

Como se ha expuesto anteriormente, el artículo 77.1 de la LIS, reconoce la aplicación del régimen fiscal especial cuando tanto la entidad transmitente como la adquirente tengan la condición de residentes fiscales en España y los bienes y derechos objeto de transmisión estén situados en territorio español.

No obstante, al igual que sucede con las entidades transmitentes, el régimen también puede resultar aplicable en aquellos supuestos en los que la entidad adquirente no tenga la consideración de residente en España. A este respecto, el artículo 77 de la LIS contempla dos escenarios específicos en los que la normativa permite la aplicación del régimen fiscal especial a entidades adquirentes no residentes⁴⁴:

- En primer lugar, cuando la entidad transmitente sea residente en territorio español y los bienes y derechos transmitidos estén situados en España.
- En segundo lugar, cuando la entidad transmitente no tenga la consideración de residente en territorio español, pero los bienes y derechos transmitidos estén adscritos a un establecimiento permanente localizado en territorio español.

En estos supuestos, la aplicación del régimen fiscal especial se limitará exclusivamente a las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos patrimoniales que permanezcan efectivamente vinculados a un establecimiento permanente en España.

⁴⁴ Artículo 77 de la LIS.

b. Compensación de bases imponibles negativas generadas por la entidad transmitente

Conforme a la doctrina administrativa⁴⁵, la compensación por parte de la entidad adquirente de las bases imponibles negativas generadas por la entidad transmitente, solo resulta admisible en aquellos supuestos en los que la operación de reestructuración se acoja al régimen fiscal especial.

Sin embargo, la mera aplicación del régimen especial no es condición suficiente para garantizar la efectividad de dicha compensación. En virtud de lo dispuesto en la LIS, la posibilidad de trasladar las bases imponibles negativas desde la entidad transmitente a la adquirente queda condicionada, adicionalmente, a la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias establecidas en el artículo 84.2 de la LIS⁴⁶.

c. Valoración fiscal de los bienes adquiridos como resultado de las operaciones amparadas por el régimen

Como resultado de las transmisiones patrimoniales, la entidad adquirente, incorporará a su patrimonio una serie de activos que, al formar parte de su estructura económica, generan efectos fiscales derivados de su gestión, tales como amortizaciones, pérdidas por deterioro, rentas obtenidas por la transmisión de elementos patrimoniales y otras operaciones propias de la actividad empresarial⁴⁷.

Conforme a lo establecido en el artículo 78.1 de la LIS, estos activos, que fueron objeto de aplicación del régimen fiscal especial en la entidad transmitente, se incorporarán en la entidad adquirente con un valor fiscal, que opera de manera independiente de su

⁴⁵ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo 2032/2007, de 25 de septiembre de 2008 (EDD 2008/196745).

⁴⁶ Artículo 84.2 de la LIS: “*Se transmitirán a la entidad adquirente las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente...a) La extinción de la entidad transmitente. b) La transmisión de una rama de actividad cuyos resultados hayan generado bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente...*”.

⁴⁷ Lefebvre, *Op. Cit.*, n. 6427.

valoración contable. En este sentido, a efectos fiscales, dichos activos conservarán el mismo valor que poseían en la entidad transmitente antes de la operación, constituyendo así la base para la determinación de los resultados fiscales de la entidad adquirente. Además, la entidad adquirente, tendrá la obligación de respetar la fecha original de adquisición de estos elementos patrimoniales, así como de elaborar un plan de amortización específico en el caso de que la entidad transmitente hubiera aplicado su propio sistema de amortización⁴⁸.

d. Límites subjetivos a la aplicación del régimen especial en función de la naturaleza jurídica de la entidad adquirente

Frente a la presunción de aplicación contemplada en la normativa vigente, el legislador, para no perder la capacidad de gravar las rentas derivadas de estas operaciones, estableció en el párrafo 2º del artículo 77 ciertas restricciones en relación con la entidad adquirente, cuyo cumplimiento determinará la no aplicación del régimen especial.

En este sentido, no se aplicará el régimen especial cuando la entidad adquirente sea una de las entidades que se encuentran reguladas en el artículo 9 de la LIS⁴⁹, las cuales están total o parcialmente exentas de tributar por el Impuesto sobre Sociedades. Un ejemplo de ello podría ser una fusión de Radio Televisión Española con otra entidad, en la que RTVE fuera la entidad adquirente en la operación.

Tampoco será de aplicación el régimen especial cuando, la entidad adquirente se encuentre sometida al régimen de atribución de rentas que, conforme al artículo 6 de la LIS, serán las sociedades civiles que no tengan la consideración de contribuyentes en el IS, es decir, las sociedades que no tengan personalidad jurídica, las herencias yacentes,

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Artículo 9 de la LIS: “a) *El Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales* b) *Los organismos autónomos del Estado y entidades de derecho público de análogo carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales...*”.

las comunidades de bienes y demás entidades que aparecen reguladas en el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria⁵⁰.

2.4. Requisitos formales para la aplicación del régimen especial

2.4.1. Deber de comunicación a la Administración Tributaria y sujetos obligados

A diferencia de la normativa anterior, en la que el 96 del TRLIS configuraba el régimen fiscal especial como una opción que requería la notificación expresa a la Administración Tributaria para su aplicación, la regulación vigente presume la aplicación del mismo⁵¹. En consecuencia, ya no resulta necesario notificar la opción por su aplicación, eliminando de esta forma la que se consideraba la principal traba en la aplicación del régimen fiscal especial. En este sentido el artículo 89.1 de la LIS establece que, en caso de que se lleve a cabo alguna de las operaciones objeto de regulación por el Capítulo VII serán de aplicación las reglas establecidas en dicho capítulo.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.1 del RIS⁵², esta presunción de aplicación no exime del requisito formal de comunicar a la Administración Tributaria la realización de las operaciones de concentración y reorganización empresarial.

En lo que respecta al sujeto obligado a realizar la comunicación, éste dependerá de la residencia fiscal de las entidades intervinientes y, en su defecto, la de sus socios. De acuerdo con el reglamento, dicha obligación recaerá sobre la entidad adquirente si esta es residente española, de lo contrario, si solo la entidad transmitente fuera residente entonces le corresponderá a ésta realizar la comunicación⁵³. Ahora bien, cabe la posibilidad de que ninguna de las dos entidades ostenta condición de residentes en cuyo

⁵⁰ Artículo 35.4 de la LGT: “Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.”.

⁵¹ Calvo Vázquez, J., *Op. cit.*, p. 2188.

⁵² Artículo 48.1 del RIS: “La realización de las operaciones reguladas en el capítulo VII del título VII de la Ley del Impuesto deberá ser objeto de comunicación a la Administración tributaria.”.

⁵³ Artículo 48.1 del RIS.

caso, la comunicación deberá ser realizada por los socios de la entidad transmitente siempre que éstos tengan su residencia fiscal en España⁵⁴.

En cuanto al plazo, con carácter general será de 3 meses, aunque su cómputo dependerá de la naturaleza de la operación. En los supuestos en los que se requiera la inscripción en un registro, el plazo comenzará a contarse desde la fecha de inscripción de la escritura pública. Cuando dicha inscripción no sea preceptiva, el plazo se iniciará con el otorgamiento de la escritura que documente la operación. Finalmente, en el caso de un cambio de domicilio social el plazo comenzará a contarse desde la inscripción en el registro del Estado miembro de destino⁵⁵.

2.4.2. *Incumplimiento del requisito formal de comunicación: causas y consecuencias*

El incumplimiento de la obligación de comunicación puede originarse por distintas causas, tales como la falta de observancia de los requisitos formales exigidos, la presentación fuera de plazo de la correspondiente comunicación o la omisión total de la notificación de la operación realizada. Este incumplimiento conlleva, conforme lo establecido por el legislador, la imposición de una sanción pecuniaria de 10.000 euros por cada operación no comunicada⁵⁶.

Cabe destacar que la falta de presentación de dicha comunicación implica, de manera tácita, que la operación debe someterse al régimen especial, dado que no se ha ejercido la opción por su no aplicación. En aquellos supuestos en los que la comunicación no haya sido presentada y, pese a ello, se haya aplicado el régimen general, dicha actuación será considerada incorrecta, debiendo ajustarse al régimen especial e iniciarse el correspondiente procedimiento sancionador⁵⁷.

⁵⁴ Lefebvre, *Op. Cit.*, n. 6545.

⁵⁵ Calvo Vérguez, J., *Op. cit.*, p. 2198.

⁵⁶ Artículo 89.1 de la LIS.

⁵⁷ Calvo Vérguez, J., *Op. cit.*, p. 2204.

Finalmente debemos, precisar que, de acuerdo con la doctrina administrativa, en el caso de que las sociedades intervinientes no sean residentes, la comunicación tendrá carácter sustantivo lo que implica que, si no se comunica a la administración, no se podrá aplicar el régimen especial ⁵⁸.

2.5. Renuncia a la aplicación del régimen especial

2.5.1. Presupuestos y condiciones exigidas para el ejercicio de la renuncia

De acuerdo con el artículo 77.2 de LIS, las entidades transmitentes tienen la posibilidad renunciar a la aplicación del régimen especial respecto de todos los elementos transmitidos o únicamente de una parte de ellos. Asimismo, tal y como establece la DGT en su resolución de 19 de septiembre de 2016⁵⁹, dicha renuncia no exige el cumplimiento de ninguna obligación formal adicional más allá de la integración de la renta correspondiente en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. En consecuencia, no será necesario incluir información específica sobre esta decisión en la comunicación regulada en el artículo 89.1 de la LIS.

2.5.2. Fundamentación fiscal de la decisión de renunciar

Esta opción adquiere especial relevancia cuando la entidad dispone de bases imponibles negativas pendientes de compensación que, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 84.2 de la LIS⁶⁰, no pueden ser objeto de transmisión a la entidad adquirente. En consecuencia, las bases imponibles negativas quedarían excluidas de la operación y, por tanto, se perdería su aprovechamiento futuro en sede de la entidad adquirente. A fin de evitar dicha pérdida, la entidad transmitente puede optar por renunciar a la aplicación del régimen especial, en los términos previstos en el artículo 77.2 de la LIS. Dicha renuncia comportaría la integración en la base imponible del ejercicio de las rentas derivadas de la

⁵⁸ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo 3828/2018, de 3 de diciembre (EDD 2019/41029).

⁵⁹ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V3935-2016, de 19 de septiembre (EDD 2016/182886).

⁶⁰ Artículo 84.2 de la LIS: “...a) La extinción de la entidad transmitente...”.

operación de reestructuración⁶¹, lo que a su vez habilita la posibilidad de compensarlas con las BINs acumuladas por la propia entidad transmitente. Tal compensación podrá efectuarse con el límite del 70% de la base imponible previa, garantizándose, en todo caso, una compensación mínima de hasta un millón de euros conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la LIS⁶².

2.5.3. Implicaciones tributarias de la renuncia total al régimen

En los supuestos en los que la entidad transmitente opte por renunciar íntegramente a la aplicación del régimen fiscal especial, deberá tributar por la totalidad de las rentas generadas con ocasión de la transmisión de los elementos patrimoniales, en los términos establecidos en el artículo 17 de la LIS.

2.5.4. Implicaciones tributarias de la renuncia parcial al régimen

En aquellos supuestos en los que la entidad transmitente opte por una renuncia parcial al régimen fiscal especial los efectos tributarios de dicha decisión se circunscribirán exclusivamente a los elementos patrimoniales respecto de los cuales se haya ejercido expresamente la renuncia. En consecuencia, únicamente se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades las rentas derivadas de la transmisión de dichos elementos, las cuales deberán determinarse conforme al régimen general de valoración establecido en el artículo 17 de la LIS.

2.6. Aplicación del régimen general a las operaciones de fusión, escisión, canje de valores, aportaciones no dinerarias y cambio de domicilio social

El régimen general, previsto en el artículo 17 de la LIS, será de aplicación en aquellos casos en los que no resulte procedente el acogimiento al régimen especial, bien por renuncia expresa de los sujetos pasivos, bien por el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos.

⁶¹ Artículo 77.2 de la LIS.

⁶² Artículo 26.1 LIS: “El límite previsto en este apartado no se aplicará ...salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración a la que resulte de aplicación el régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VII del Título VII de esta Ley.”.

En este contexto, estas operaciones de reestructuración empresarial suponen desplazamientos patrimoniales, que originan una tributación en dos obligados tributarios claramente diferenciados. En primer lugar, en la sociedad transmitente, ya que, conforme a lo establecido en los apartados 4^o⁶³ y 5^o⁶⁴ del artículo 17 de la LIS, dicha entidad deberá valorar los elementos transmitidos a valor de mercado. Esta valoración puede dar lugar a una renta derivada de la diferencia entre el valor de mercado y valor fiscal de los elementos patrimoniales transmitidos a la sociedad adquirente. En segundo lugar, los socios de la entidad transmitente, los cuales también estarán fiscalmente afectados ya que, conforme a los apartados 4^o y 9^o del artículo 17 de la LIS, deberán valorar a valor normal de mercado los valores recibidos de la sociedad adquirente, pudiendo dar lugar a una renta por la diferencia con el valor fiscal de los valores cancelados o entregados⁶⁵.

Adicionalmente, en la medida que la plusvalía generada no haya sido reconocida contablemente, su inclusión en la base imponible deberá realizarse mediante los ajustes fiscales pertinentes en la liquidación tributaria, con el objetivo de reflejar correctamente la incidencia contable y fiscal de la operación⁶⁶.

2.7. Análisis comparativo de la tributación de las operaciones de reestructuración al amparo del régimen especial y del régimen general desde la perspectiva de la entidad transmitente y adquirente

Supongamos que la sociedad A (adquirente) absorbe a la sociedad B (transmitente), lo que conlleva la transmisión de elementos patrimoniales de la sociedad B a la sociedad A. La sociedad B posee unos inmuebles adquiridos por un importe de 500.000€, pero se considera que su valor de mercado es de 700.000€, por lo que tendríamos:

⁶³ Artículo 17.4 de la LIS: “Se valorarán por su valor de mercado los siguientes elementos patrimoniales: Los transmitidos en virtud de fusión, y escisión total o parcial, salvo que resulte de aplicación el régimen previsto en el Capítulo VII del Título VII de esta Ley.”

⁶⁴ Artículo 17.5 de la LIS: “...la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal.”

⁶⁵ Calvo Vérguez, J., *Op. cit.*, p. 1419.

⁶⁶ Pérez Royo, *Op. cit.*, p. 441.

Valor razonable del Inmovilizado Material (Inmuebles):	700.000€
Valor de contable del Inmovilizado Material (Inmuebles):	500.000€
Renta de la entidad transmitente:	200.000€
X Tipo General (25%)	50.000€

Tributación de la Entidad Transmitente en el régimen general

La sociedad B, al realizar la transmisión del inmovilizado material, deberá dar de baja los bienes inmuebles reflejados en su balance. Desde una perspectiva contable, esta operación generará un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias, equivalente a la diferencia entre el valor en libros de los activos transmitidos y el valor de mercado (NRV 19ª PGC). En el ámbito tributario, dado que el valor fiscal de los inmuebles se corresponde con su valor de mercado, la entidad deberá tributar por la plusvalía obtenida, que asciende a 200.000 euros. Como resultado, en el momento de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades, la sociedad deberá ingresar a la Hacienda Pública un importe de 50.000 euros en concepto de la carga tributaria derivada de dicha ganancia.⁶⁷

Tributación de la Entidad Transmitente en el régimen especial

Si la operación se acoge al régimen fiscal especial, el tratamiento contable será idéntico al previsto en el régimen general. Sin embargo, en el ámbito fiscal, al tributar por el régimen especial, no se integrarán en la base imponible los 200.000 euros correspondientes a la diferencia de valor. Por lo tanto, cuando presente la declaración del Impuesto sobre Sociedades deberá efectuar un ajuste negativo al resultado contable por 200.000€.

Tributación de la Entidad Adquiriente en el régimen general

La sociedad A integrará en su balance los activos recibidos de la sociedad B por su valor razonable, es decir, 700.000 euros, coincidente con el valor fiscal de adquisición. Esta alineación entre la valoración contable y fiscal implica que las plusvalías latentes ya han sido objeto de tributación en sede de la entidad transmitente, de modo que no se generan diferencias temporarias ni ajustes fiscales posteriores. A partir de este nuevo valor, la

⁶⁷ Martínez Alfonso y Borrás Amblar, *Op. cit.*, p. 123.

sociedad A podrá calcular las amortizaciones fiscales, deterioros o futuras ganancias o pérdidas derivadas de la transmisión del activo conforme a la normativa tributaria vigente.

Tributación de la Entidad Adquiriente en el régimen especial

La sociedad A reflejará los activos en su contabilidad por el valor razonable (700.000 euros). No obstante, desde la óptica tributaria, dichos elementos patrimoniales mantendrán el valor fiscal que ostentaban en la sociedad transmitente, esto es, 500.000 euros, en virtud del artículo 78.1 de la LIS. Esta divergencia entre la base contable y fiscal dará lugar a una diferencia temporaria, que producirá efectos fiscales diferidos. Además, se conservará la fecha original de adquisición, lo cual condiciona la deducibilidad de futuras amortizaciones y el cómputo de rentas en caso de transmisión, garantizando así la neutralidad fiscal de la operación.

2.8. Análisis comparativo de la tributación de las operaciones de reestructuración al amparo del régimen especial y del régimen general desde la perspectiva de los socios de la entidad transmitente

Hemos de suponer que un socio, persona jurídica, de la sociedad B tuviese el 10% de los títulos de dicha entidad, los cuales adquirió por un importe 50.000 euros y que, a efectos de la fusión por absorción, la sociedad B ahora se valora en 700.000 euros. El socio como contraprestación por los elementos transmitidos recibirá acciones de la sociedad adquirente valoradas en 70.000 euros (esto es, un 10% de 700.000), tendríamos⁶⁸:

Valor razonable de la participación en la adquirente:	70.000€
Valor de adquisición de la participación cancelada:	50.000€
Renta del socio	20.000€

Tributación de los Socios de la Entidad Transmitente en el régimen general

Los socios de la entidad B recibirán acciones de la entidad A, que a efectos fiscales serán valoradas por el valor razonable de dichas acciones. Por lo tanto, deberán integrar en la base imponible una ganancia de 20.000€ por la renta generada de la diferencia entre el valor razonable, 70.000€, y el valor de adquisición de las participaciones canceladas, es decir, 50.000€.

⁶⁸ Calvo Vérguez, J., *Op. cit.*, p. 1951.

Tributación de los Socios de la Entidad Transmitente en el régimen especial

Las acciones de la entidad A, que reciban los socios de la entidad B, conservarán, a efectos fiscales, el mismo valor y antigüedad que las participaciones previamente ostendadas en la entidad extinguida⁶⁹. Por tanto, no se entenderá realizada una alteración patrimonial y no aflorará renta tributable alguna, quedando diferida su tributación hasta que se produzca una futura transmisión de los nuevos títulos.

⁶⁹ Martínez Alfonso y Borrás Amblar, *Op. cit.*, p. 117.

III. CLAUSULA ANTIABUSO: FRAUDE O EVASIÓN FISCAL Y MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

3.1. Fundamento e implicaciones de la incorporación de la cláusula antiabuso

Una de las principales inquietudes de la Unión Europea en el proceso de promoción de las actividades transfronterizas dentro del mercado interior, ha sido la posible utilización de los mecanismos de reestructuración con fines abusivos. En este contexto, las instituciones europeas han manifestado en diversas ocasiones, la importancia de garantizar que, la expansión de las oportunidades para realizar operaciones de concentración y reestructuración empresarial no derive en una erosión injustificada de la base imponible de los Estados miembros a través de estrategias de arbitraje fiscal, evasión o fraude tributario⁷⁰.

En respuesta a esta preocupación, y con el fin de evitar un uso indebido de los beneficios fiscales otorgados en el marco del régimen especial, la Directiva 90/434/CEE introdujo en su artículo 11 una cláusula antiabuso, posteriormente reafirmada y desarrollada en el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CEE⁷¹.

Esta norma antiabuso, establecía una “reserva de competencia” en la que se habilitaba a los Estados miembros para incorporar en su normativa interna una cláusula que les permitiera denegar la aplicación del régimen fiscal a aquellas operaciones cuyo propósito principal fuera el fraude o la evasión fiscal⁷². En este sentido, la jurisprudencia comunitaria ha indicado que, la ausencia de este mecanismo en el ordenamiento interno de un Estado miembro, no impide la inaplicación de los beneficios fiscales del régimen especial pues, si la legislación interna contempla un principio general de prohibición del

⁷⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, “La fiscalidad en la Unión Europea. Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios”, EUR-Lex, 1996 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0546&from=LV>; última consulta 01/03/2025).

⁷¹ Pita Grandal, A. M. y Aneiros Pereira, J., “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica Tributaria*, n. 114, 2012, p. 114.

⁷² Parra Ruiz, G., “Los motivos económicos válidos. La cláusula antiabuso en las fusiones y operaciones asimiladas (Parte 1ª)”, *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n. 94, 2023, p. 3.

abuso de derecho en el ámbito tributario, dicho principio puede ser interpretado de manera análoga para justificar la inaplicación del mismo⁷³.

3.2. Requisitos para la aplicación de la cláusula antiabuso

La Directiva Europea, en virtud de lo establecido en su artículo 15.1, dispone que la aplicación de la cláusula antiabuso quedará supeditada al cumplimiento de dos requisitos:

- Que la finalidad principal o uno de los principales objetivos de la reestructuración o la racionalización de las actividades sea el fraude o la evasión fiscal.
- Que la falta de motivos económicos válidos actúe con presunción suficiente para estimar que la operación tiene como principal objetivo el fraude o evasión fiscal.

Estos requisitos han suscitado numerosos desafíos interpretativos, principalmente debido a la falta de una definición precisa de los conceptos (fraude o evasión fiscal, motivos económicos válidos) que condicionan la aplicación de la cláusula. Esta indeterminación se ha visto aún más acentuada por las diferencias en la traducción y adaptación normativa llevada a cabo por cada Estado miembro lo que, desde el principio ha dado lugar a múltiples dudas interpretativa en cuanto al alcance y concreción del régimen⁷⁴.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó por primera vez muchas de estas incertidumbres en la sentencia *Leur-Bloem*⁷⁵, en la que trató de delimitar la interpretación y facilitar la aplicación de la cláusula. En este sentido, estableció que, el único supuesto en el que los Estados pueden denegar la aplicación de la Directiva es cuando la operación tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal. Además, el TJUE manifestó que el concepto de “motivo económico válido” debía interpretarse como un concepto más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal⁷⁶.

⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-321/05, de 5 de julio (EUR-Lex; ECLI:EU:C:2007:408).

⁷⁴ Martínez Alfonso y Borrás Amblar, *Op. cit.*, p. 57.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-28/95, de 17 de julio (EUR-Lex; ECLI:EU:C:1997:369).

⁷⁶ Palao Taboada, C., “Normas anti-elusión en el Derecho interno español y en el Derecho comunitario europeo” en Palao Taboada, C. (coord.), *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, 1.ª ed., Lex Nova, Madrid, 2009, p. 30.

Esta última afirmación fue interpretada adversativamente por el legislador español, quien, procedió a modificar la formulación normativa de uno de los requisitos exigidos para la aplicación de la cláusula antiabuso. En concreto, si bien se mantuvo el primer presupuesto relativo a que la operación no persiguiera como finalidad principal el fraude o la evasión fiscal, se introdujo una nueva redacción para el segundo requisito, en virtud de la cual la ausencia de un motivo económico válido comporta, por sí misma, la consideración de que la operación tiene como finalidad la obtención de una ventaja fiscal. Asimismo, esta reforma suprimió de forma expresa la mención a que la inexistencia de un motivo económico válido constituía una mera presunción de que el objetivo principal de la operación era el fraude o la evasión fiscal.⁷⁷

Esta evidente diferencia de redacción entre la cláusula antiabuso prevista por la Directiva europea y la normativa española ha suscitado un amplio debate en el ámbito doctrinal, generando discrepancias interpretativas que, hasta la fecha, no han alcanzado una conclusión unánime. En este contexto, se consolidaron dos corrientes de pensamiento opuestas, respecto al alcance y aplicación de los requisitos exigidos para aplicación de la cláusula⁷⁸.

Por un lado, aquella sostiene que la simple ausencia de motivos económicos válidos justifica la denegación del régimen fiscal especial, fundamentándose en una interpretación amplia del concepto de ventaja fiscal. En esta línea se alinean tanto, un sector de la doctrina⁷⁹, la Dirección General de Tributos, como los Tribunales Económico-Administrativos, quienes defienden que la aplicación de la cláusula antiabuso no requiere necesariamente que el objetivo principal de la operación sea el fraude o la evasión fiscal. En consecuencia, si la transacción no responde a una justificación económica legítima, el régimen especial resultará inaplicable, aun cuando no pueda acreditarse de forma directa una intención defraudatoria.

⁷⁷ Palao Taboada, C., “Los «motivos económicos válidos» en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n. 235, 2002, pp. 66.

⁷⁸ Palao Taboada, *Op. cit.*, p. 8.

⁷⁹ Sanz Gadea, E., “Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000”, *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n. 215, 2001, p. 107.

Frente a esta postura se han pronunciado Romero de la Vega y Salto Guglieiri⁸⁰, quienes han argumentado que la inaplicación del régimen fiscal únicamente procede cuando se obtenga una ventaja fiscal que excede del mero diferimiento tributario. A su juicio, esta posición estaría respaldada por una interpretación literal, sistemática y finalista de la norma, siendo además la idea que más se ajusta a la directiva y jurisprudencia comunitaria.

3.2.1. Definición e interpretación de los requisitos de aplicación de la cláusula antiabuso

- a. El concepto de fraude o evasión fiscal en el marco de la cláusula antiabuso: delimitación normativa y análisis doctrinal

Como se ha señalado *supra* estos dos conceptos, aunque fundamentales en la aplicación de la cláusula antiabuso, no han sido objeto de una definición normativa precisa ni por el legislador comunitario ni por la jurisprudencia del TJUE.

Esta falta de delimitación conceptual ha propiciado que muchos Estados miembros, entre ellos España, optaran por llevar a cabo una traducción literal de los términos empleados en la Directiva comunitaria⁸¹. De esta forma, los conceptos “*tax evasion or tax avoidance*” fueron traducidos al ordenamiento jurídico español como “evasión fiscal o fraude”. Si bien esta equivalencia terminológica⁸², podría en una lectura superficial, parecer adecuada, la doctrina mayoritaria ha señalado que tal equiparación resulta, desde un punto de vista técnico-jurídico, inexacta. En particular, García Novoa advierte que ambos términos obedecen a realidades jurídicas distintas y no deben ser utilizados indistintamente. En su análisis⁸³, equiparó el concepto “fraude” tal como se usa en el

⁸⁰ Romero de la Vega, A. y Salto Guglieri, J., “Ventaja fiscal e inaplicación parcial en el régimen de fusiones”, *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n. 26, 2017, p. 24.

⁸¹ García Novoa, C., “La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, *Revista Técnica Tributaria*, n. 54, 2001, p. 41.

⁸² López Tello, J., “La cláusula antiabuso del anteproyecto de nueva Ley General Tributaria”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 5, 2003, p. 51.

⁸³ García Novoa, *Op. cit.*, p. 28.

contexto de la Directiva, con el de “elusión fiscal” al que define como “aquel proceder que, sin infringir el texto de la ley, procura el alivio tributario mediante la utilización de estructuras jurídicas atípicas o anómalas”. Una interpretación similar realizó el Tribunal Constitucional⁸⁴, que afirmó que con el fraude de ley se “persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias”. Mientras que, el término “evasión fiscal” a diferencia del fraude, implica una infracción directa del ordenamiento tributario materializada en el impago del tributo.

Desde esta perspectiva, podemos afirmar que el concepto de fraude, tal como se interpreta en el marco comunitario no se limita a una conducta específica, sino que debe entenderse como una finalidad por burlar el espíritu de la norma, cuya consecución puede lograrse a través de diferentes mecanismos⁸⁵. Es precisamente esta finalidad, orientada a la obtención de un ahorro fiscal injustificado, lo que caracteriza el “fraude”, pudiendo revestir múltiples formas y adoptar diferentes figuras jurídicas como la simulación, fraude de ley (actualmente denominado como conflicto en la aplicación de la norma) o el abuso de derecho⁸⁶.

Esta interpretación del concepto fraude encuentra correspondencia en la doctrina jurisprudencial desarrollada por el TJUE. De acuerdo con Martínez Alfonso⁸⁷, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea finalmente se decantó por el “test de los montajes puramente artificiales”⁸⁸, un criterio interpretativo articulado para identificar y evitar prácticas abusivas que pese a su apariencia de licitud carecen de una justificación económica sustantiva y responden exclusivamente al propósito de eludir la carga tributaria. Esta construcción por lo tanto refuerza la idea de que el fraude, en el marco de la cláusula antiabuso, no debe ser entendido como una vulneración directa de la norma,

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo (BOE núm. 136, de 8 de junio de 2005; RTC\2005\120).

⁸⁵ García Novoa, *Op. cit.*, p. 29.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Martínez Alfonso y Borrás Amblar, *Op. cit.*, p. 58.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Justicia Unión Europea Asunto C-196/04, 12 de septiembre de 2006 (EUR-Lex; ECLI:EU:C:2006:544).

sino como la utilización artificiosa del ordenamiento jurídico con la que conseguir una ventaja fiscal.

En el ámbito interno, la evolución jurisprudencial en torno al concepto de fraude ha seguido una línea convergente con la interpretación comunitaria, aunque inicialmente se observó una concepción más restrictiva del término. En un primer acercamiento, los órganos jurisdiccionales españoles circunscribieron su análisis al marco previsto en el artículo 15 de la LGT, relativo al “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”⁸⁹. Desde esta perspectiva, únicamente se consideraban prácticas elusivas aquellas que se encuadraban dentro de los supuestos expresamente regulados en dicho precepto, vinculados a actuaciones artificiosas cuya única finalidad era la obtención de un ahorro fiscal al margen de la *ratio legis*. No obstante, esta concepción ha sido progresivamente superada por la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, que ha optado por una interpretación extensiva del concepto de fraude⁹⁰. En concreto, el Alto Tribunal ha afirmado que su alcance debe proyectarse más allá del citado artículo 15 de la LGT, y debe analizarse también a la luz del principio general de prohibición del abuso de derecho consagrado en el artículo 7.2 del Código Civil abarcando, por tanto, otros supuestos más allá de la simulación y del conflicto en la aplicación de la norma tributaria⁹¹.

b. El concepto de motivo económico válido en el marco de la cláusula antiabuso: delimitación normativa y análisis doctrinal

El concepto de “motivo económico válido” fue incorporado por la normativa comunitaria no como un requisito autónomo cuya ausencia determinase *per se* la exclusión del régimen fiscal especial, sino como un indicio presuntivo de que la operación en cuestión pudiera estar orientada exclusivamente a la obtención de una ventaja fiscal indebida⁹². Por lo tanto, a diferencia de los términos “fraude” o “evasión fiscal”, cuya constatación

⁸⁹ Prósper Almagro, A. B., “Retos pendientes en la interpretación de la cláusula antiabuso del régimen de reestructuración empresarial: los motivos económicos válidos y la ventaja fiscal a regularizar”, *Nueva Fiscalidad*, n. 1, 2024, p. 97.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 463/2021, de 31 marzo (Sala Contencioso-Administrativo; RJ\2021\1668).

⁹¹ Prósper Almagro, A. B., *Op. cit.*, p. 98.

⁹² Sanz Gadea, *Op. cit.*, p. 102.

comporta de forma directa la inaplicación del régimen, la inexistencia de un motivo económico válido no implica necesariamente la pérdida del beneficio fiscal, pero permite inferir la existencia de un diseño artificial de la operación con fines exclusivamente tributarios.

Sin embargo, la Directiva no proporcionó una delimitación conceptual clara del término, lo que generó un considerable margen de incertidumbre jurídica y abrió paso a múltiples interpretaciones divergentes. En respuesta a esta ambigüedad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea intervino para clarificar el alcance del concepto, aunque sin ofrecer una definición restrictiva que acotara su aplicación. Por el contrario, el TJUE en el Asunto c-28/95 optó por una formulación más extensa, afirmando que el motivo económico válido debía comprenderse “en un sentido más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal”.

Dicha afirmación, si bien orientadora, no resolvió plenamente las tensiones interpretativas, pues admite diversas lecturas doctrinales. Así, Falcón y Tella⁹³ sostiene que la obtención de un beneficio fiscal no excluye necesariamente la existencia de una finalidad económica legítima. A su juicio, mientras que la operación responda a una lógica empresarial razonable y objetivamente acreditable, la ventaja fiscal que de ella derive no sería, por sí sola, suficiente para denegar la aplicación del régimen especial. En la misma línea, García Novoa⁹⁴ entiende que únicamente cabe considerar que no habrá motivo económico cuando la operación se realice con la sola finalidad de obtener una ventaja fiscal, un supuesto muy difícil en la práctica pues, considera que incluso en escenarios como una escisión orientada a acogerse a los incentivos previstos para entidades de reducida dimensión resulta complejo no encontrar una justificación económica razonable que respalde la operación⁹⁵. No obstante, frente a esta interpretación más flexible de la definición ofrecida por el TJUE, el legislador español optó por una transposición restrictiva. A este respecto, Palao Taboada⁹⁶, señala que la redacción

⁹³ García Novoa, *Op. cit.*, p.46.

⁹⁴ *Ibid.* P. 45.

⁹⁵ *Ibid.* P. 40.

⁹⁶ Palao Taboada, *Op. cit.*, p. 30.

adoptada por el ordenamiento interno distorsiona el alcance que, en su origen, se atribuyó al concepto de motivo económico válido en el marco de la Directiva comunitaria. En concreto, la normativa española reformuló el contenido de la cláusula antiabuso en términos que permiten considerar que la mera existencia de una finalidad fiscal, aun cuando no sea la única ni la principal perseguida por el contribuyente, es suficiente para excluir la concurrencia de un motivo económico legítimo.

La reforma introducida en la redacción de la cláusula antiabuso dio lugar a la consolidación de las denominadas tesis autonomistas, entre cuyos principales exponentes se encuentra Sanz Gadea⁹⁷. Desde esta perspectiva interpretativa, el legislador español habría configurado un supuesto autónomo e independiente para la exclusión del régimen fiscal especial, dotado de entidad jurídica diferenciada del presupuesto general centrado en la persecución de fines fraudulentos o evasivos. De este modo, la normativa permite denegar la aplicación del régimen incluso en aquellos supuestos en los que no concurra una intención de fraude o evasión fiscal, siempre que la operación carezca de un motivo económico válido y esté orientada, simultáneamente, a la obtención de una ventaja fiscal.⁹⁸

Frente a esta teoría, una parte relevante de la doctrina ha cuestionado la viabilidad jurídica de esta interpretación⁹⁹, sosteniendo que la nueva redacción normativa no constituye un supuesto autónomo, sino una concreción del supuesto general. Conforme a la misma, la inaplicación del régimen fiscal especial solo podrá producirse cuando la ausencia de un motivo económico válido concurra con una intención inequívoca de eludir la carga tributaria. Es decir, la mera existencia de una ventaja fiscal obtenida a través de una operación sin justificación económica suficiente no sería, por sí sola, elemento bastante para excluir la aplicación del régimen, siendo imprescindible, además, probar el carácter abusivo de la operación.¹⁰⁰

⁹⁷ *Ibid.* p. 7.

⁹⁸ Sanz Gadea, *Op. cit.*, p. 106.

⁹⁹ Palao Taboada, *Op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁰ Durán-Sindreu Buxadé, A., “El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma”, *Revista Técnica Tributaria*, n. 55, 2001, p. 63.

En este marco interpretativo, la cuestión fundamental, como indicó Palao Taboada¹⁰¹, reside en delimitar con precisión qué debe entenderse por “ventaja fiscal”. Sin embargo, al igual que otros elementos esenciales del régimen, este término carece de una definición expresa en el ordenamiento jurídico, tanto comunitario como interno. En este sentido, Sanz Gadea señala que, la conceptualización de esta noción depende del enfoque interpretativo que se adopte respecto de la redacción legal¹⁰²: si se entiende que ésta introduce un requisito independiente, la ventaja fiscal debe identificarse con “cualquier régimen o situación tributaria más beneficiosa que la general”; mientras que, si se considera que dicha redacción simplemente desarrolla un supuesto específico de fraude o evasión, el concepto debe limitarse al “resultado perseguido mediante una operación abusiva estructurada para eludir la norma”. Así, Menéndez García advierte que asumir esta noción amplia implicaría admitir una extralimitación del legislador español respecto de los límites impuestos por la Directiva, al transformar lo que debería ser un control sobre el abuso en una prohibición generalizada de cualquier planificación fiscal eficiente¹⁰³. En la misma línea Palao Taboada¹⁰⁴ considera que dicha interpretación resulta incompatible con la lógica interna del régimen fiscal especial, en la medida en que vaciaría de contenido la exigencia de una finalidad fraudulenta, transformando la cláusula antiabuso en un mecanismo de exclusión automático.

Por todo ello, Durán-Sindreu Buxadé sostiene que la noción de “ventaja fiscal” debe interpretarse conforme al significado que le otorga la Directiva comunitaria, esto es, como manifestación de una finalidad de fraude o evasión fiscal¹⁰⁵. En este sentido, cabe afirmar que “no existe un concepto absoluto de motivo económico válido, sino únicamente en relación con el concepto de fraude o evasión fiscal”¹⁰⁶. En consecuencia, la mera ausencia de un motivo económico válido ya no determinará la inaplicación del régimen fiscal, aunque sí podrá operar como un indicio de la existencia de fraude o evasión fiscal,

¹⁰¹ Palao Taboada, *Op. cit.*, p. 8.

¹⁰² Sanz Gadea, *Op. cit.*, p. 106.

¹⁰³ Palao Taboada, *Op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁴ *Ibid.* P. 10.

¹⁰⁵ Durán-Sindreu Buxadé, *Op. cit.*, p. 63.

¹⁰⁶ Palao Taboada, *Op. cit.*, p. 9.

recuperando así el carácter presuntivo que originariamente le atribuyó la normativa comunitaria.

Esta estructura interpretativa, en términos jurídicos, desplaza el eje del análisis desde una lógica conceptual hacia una cuestión probatoria. En efecto, el elemento determinante no reside tanto en la definición abstracta de los conceptos implicados, sino en la posibilidad de que la Administración acredite mediante los elementos fácticos disponibles, que la operación cuestionada carece de sustancia económica y responde exclusivamente a una estrategia de elusión tributaria.

3.2.2. Delimitación conceptual de la economía de opción frente al fraude o la evasión fiscal y motivo económico válido

Una vez delimitado los conceptos de “fraude” y “motivo económico válido” a efectos de la cláusula antiabuso, resulta necesario establecer una distinción precisa respecto de la figura de la “economía de opción”, a fin de clarificar el límite que separa la planificación fiscal lícita respecto de aquellas conductas que, aún sin infringir formalmente la norma, puedan ser calificadas como elusión fiscal o prácticas abusivas.

En este sentido, y acogiéndonos a la definición de “opciones fiscales” que el Tribunal Supremo¹⁰⁷ ofrece acerca de este concepto, las economías de opción se configuran como el “*derecho concedido por la ley al contribuyente, colocado en una determinada situación jurídica en relación con el impuesto, para ejercer libremente una opción que influye en la configuración del régimen tributario aplicable.*” Se trata, en consecuencia, de una facultad plenamente legítima amparada por el ordenamiento jurídico, en cuanto que no afecte ni al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria¹⁰⁸, de modo que los contribuyentes pueden estructurar sus operaciones de la manera que les suponga una menor carga fiscal, siempre que dicha configuración no incurra en artificios que atenten contra el espíritu de la ley. A modo de ejemplo de aplicación de esta figura,

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 4147/2011, de 30 de mayo (Sala de lo Contencioso-Administrativo; RJ\2011\4838).

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 1858/2010, de 29 de marzo (Sala de lo Contencioso-Administrativo; RJ\2010\4564).

puede citarse el caso de una entidad que decide incorporar a su proceso productivo una nueva maquinaria. En lugar de adquirirla en propiedad mediante compraventa, opta por formalizar un contrato de arrendamiento financiero (*leasing*), modalidad que le permite deducir fiscalmente las cuotas satisfechas, diferenciando la carga financiera de la amortización del coste del bien. Esta decisión, plenamente amparada por la normativa tributaria, permite a la entidad adaptar la deducción del gasto a sus necesidades de liquidez y planificación fiscal, anticipando o modulando el impacto tributario. De este modo, sin vulnerar el ordenamiento, configura su actuación económica de forma más eficiente desde el punto de vista fiscal, lo que constituye una manifestación legítima del principio de economía de opción.

A pesar de las aparentes similitudes estructurales que pueden advertirse entre la economía de opción y el fraude en los términos previstos por la cláusula antiabuso, ambas figuras responden a naturalezas jurídicas claramente diferenciadas pues, la economía de opción a diferencia del fraude, no presentan ese carácter intencional de burlar el espíritu de la ley, sino que, se ajusta a lo previsto por la norma y actúa conforme a una racionalidad económica amparada legalmente. De esta forma tal y como sostiene Pérez Royo¹⁰⁹ “podríamos decir que en la economía de opción o elección de la vía fiscal más ventajosa, no existe ninguna anomalía en la causa, sino que la consideración fiscal influye sólo en los motivos (jurídicamente irrelevantes) del negocio: se elige tal tipo negocial con preferencia a otro por la sola razón de que es más ventajoso fiscalmente, pero sin desnaturalizar su causa”. Esta distinción, que en el plano teórico puede resultar evidente, se presenta en la práctica como un problema de elevada complejidad, en tanto que el elemento subjetivo (burlar la finalidad de la norma), no siempre resulta fácilmente constatable ni jurídicamente demostrable.

Ante esta dificultad, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional han tratado de delimitar el concepto de economía de opción enumerando una serie de criterios objetivos que permitan diferenciarlo con claridad del fraude de ley tributaria¹¹⁰. En primer lugar, la economía de opción únicamente puede existir en aquellos supuestos en los que el

¹⁰⁹ Pérez Royo, F., *Derecho Financiero y Tributario*, Civitas, Madrid, 2000, p. 100.

¹¹⁰ Calvo Vérguez, J., “La proyección del antiguo fraude de la Ley en materia tributaria” en Calvo Vérguez, J. (coord.), *La Cláusula Antiabuso tras la Reforma Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 9.

ordenamiento jurídico ofrece al contribuyente diversas posibilidades igualmente válidas y legítimas, entre las cuales este puede optar en función de sus propios intereses. En cambio, el fraude de ley se configura cuando, pese a existir una apariencia formalmente lícita, la vía elegida no responde a una auténtica alternativa jurídica ofrecida por el sistema, sino que ha sido instrumentalizada para eludir la norma tributaria aplicable¹¹¹. En segundo lugar, y más importante, la existencia de medios impropios o artificiosos, que no se corresponden con prácticas socioeconómicas habituales pues, la economía de opción no recurre a estructuras anómalas, sino que se encuadra en figuras reconocidas por el ordenamiento y amparadas por la libertad de configuración negocial.¹¹² Finalmente, no será posible alegar la existencia de una economía de opción en caso de no concurrir un motivo económico válido relacionando esta ausencia con operaciones cuya único objetivo es la obtención de una ventaja fiscal.¹¹³

3.5. Determinación jurisprudencial del motivo económico válido en el contexto de la cláusula antiabuso

En primer lugar, para comprender adecuadamente el enfoque adoptado por el tribunal Supremo resulta imprescindible partir de la metodología interpretativa desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este último, en una doctrina ya consolidada, ha sostenido que no toda estructura orientada a obtener un efecto fiscal más favorable puede considerarse ilícita *per se*¹¹⁴, pues, como se ha venido analizando a lo largo de este trabajo, el TJUE únicamente califica como abusiva aquellas operaciones en las que la ventaja fiscal perseguida se obtiene mediante un montaje artificioso carente de realidad económica.¹¹⁵

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 93/2015, de 26 de enero (Sala de lo Contencioso-Administrativo; RJ\2015\302).

¹¹² Sentencia de la Audiencia Nacional 7787/2004, de 9 de diciembre (Sala de lo Contencioso; JT\2005\1243).

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 4611/2013, de 16 de septiembre (Sala Contencioso-Administrativo; RJ\2013\7670).

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Justicia Unión Europea Asunto C-212/97, de 9 de marzo (EUR-Lex; ECLI:EU:C:1999:126).

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Justicia Unión Europea Asunto C-653/11, de 20 de junio (EUR-Lex; ECLI:EU:C:2013:409).

En este sentido, el criterio rector empleado por el TJUE para constatar la existencia de abuso no se centra en la intención subjetiva del contribuyente, sino en el análisis de los elementos objetivos que configuran la operación. Así, el examen se centra en identificar indicios de artificiosidad, tales como, la utilización de estructuras desproporcionadas o la ausencia de correlación económica entre los medios empleados y los fines perseguidos, que permitan concluir que la transacción constituye un mero vehículo para eludir la carga tributaria¹¹⁶.

Este enfoque interpretativo ha sido acogido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha incorporado dicha perspectiva comunitaria al marco del ordenamiento tributario español. En primer lugar, en su sentencia de 12 de noviembre de 2012¹¹⁷, la cual versaba sobre una fusión por absorción impropia, en la que la sociedad UPTRIANGLE-98, S.A. (entidad adquirente) absorbió a SEGUR IBÉRICA, S.A. (entidad transmitente), estableció que, para poder determinar la concurrencia de motivos económicos válidos es necesario *“llevar a cabo un análisis integral de la operación sin que la inactividad de las operaciones sea suficiente per se para negar el derecho a la aplicación del régimen especial”*. Por esta razón, establece que cuando una operación de reestructuración empresarial responde a una pluralidad de finalidades, entre las cuales se encuentra la obtención de un beneficio fiscal, no puede descartarse automáticamente la existencia de motivos económicos válidos, siempre que estos últimos mantengan un peso significativo en la lógica de la transacción. La valoración de dicha finalidad no puede realizarse mediante la aplicación de criterios generales o abstractos que clasifiquen determinadas operaciones como abusivas sin un análisis sustantivo. Por el contrario, el examen debe efectuarse atendiendo a las particularidades de cada supuesto concreto, considerando el conjunto de circunstancias económicas, jurídicas y funcionales que concurren en la operación, a fin de determinar si esta constituye un medio legítimo de organización empresarial o si, por el contrario, se trata de una estructura artificiosa orientada únicamente a lograr una ventaja fiscal indebida. En esta misma línea se ha ido

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Justicia Unión Europea Asunto C-326/11, de 12 de julio (EUR-Lex; ECLI:EU:C:2012:461).

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 7264/2012, de 12 de noviembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo; RJ\2013\982).

pronunciando en múltiples sentencias en las que ha establecido que *“Con tal que el negocio aspire, razonablemente, a la consecución de un objetivo empresarial, de la índole que fuere, debe decaer la idea de que, en los términos legales, “...la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal”*¹¹⁸. De esta forma quedan desvirtuadas aquellas posturas doctrinales que sostenían que la mera búsqueda de una ventaja fiscal comportaba necesariamente la ausencia de motivos económicos válidos y la inaplicación del régimen especial.

En segundo lugar, en su sentencia de 15 de abril de 2013¹¹⁹, siendo objeto de análisis en este caso una escisión total realizada por la sociedad Inversiones Mobiliarias e Inmobiliarias, S.L. (sociedad transmitente), mediante la cual se transmitió la totalidad de su patrimonio a dos sociedades beneficiarias de nueva creación (sociedades adquirentes), el Tribunal estableció que a la Administración no le corresponde *“determinar si concurría alguna causa lícita o cierta en el negocio de la escisión”* sino que, únicamente le corresponderá *“examinar, pura y llanamente, si, pese a ello, la operación tenía como designio único o principal la obtención de una ventaja fiscal”*.

En esta línea, en su sentencia de 27 de mayo de 2013¹²⁰, en la que se examinó una operación de escisión parcial, ejecutada por la entidad RACAR PATRIMONIAL, S.L. (entidad transmitente), en virtud de la cual se transmitieron determinados activos a dos entidades beneficiarias, entre las que se encontraba The Eat Out Group, S.L. (entidad adquirente), el Supremo reiteró que la administración puede fundamentar la existencia de un propósito fiscal prevalente a través de una presunción *iuris tantum* pues *“la Administración ha constatado, como le incumbía, que el objetivo principal era obtener una ventaja fiscal, conclusión a la que llega tras comprobar la ausencia de esos motivos mediante el uso de la presunción iuris tantum que autoriza el artículo 110.2 de la Ley 43/1995*. En estos casos, de acuerdo con el Tribunal *“incumbiría a la sociedad que pretende acogerse al régimen especial de fusiones desvirtuar la improcedencia de la*

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 2508/2016, de 23 de noviembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo; RJ\2016\6136).

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1974/2013, de 15 de abril 2013 (Sala de lo Contencioso-administrativo; RJ\2013\3634).

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 2588/2013, de 27 de mayo 2013 (Sala de lo Contencioso-administrativo; RJ\2013\4537).

conclusión presumida por no concurrir los requisitos exigidos para tal prueba o desvirtuar su resultado mediante la utilización de otros medios de prueba.” por lo tanto, corresponderá al interesado demostrar que la operación si se realizó con unos motivos económicos válidos.¹²¹

Por otro lado, otra de las cuestiones sobre las que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en relación con la determinación de los motivos económicos es, cuál debe ser el objeto de análisis en el contexto de la operación. En este sentido, el Tribunal ha aclarado que el examen no debe centrarse en la intención subjetiva de las partes sino en la causa del negocio jurídico entendida “*de forma objetiva* como la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico”¹²². Por lo tanto, se puede apreciar también en este punto, una forma de proceder similar al TJUE, el cual como se ha señalado centrará el análisis en los elementos objetivos y no en los elementos subjetivos.

Adicionalmente, en la sentencia de 15 de octubre de 2015¹²³, en la que se analizó una escisión total ejecutada por la sociedad VALORES UNIDOS, S.A. (entidad transmitente), en virtud de la cual se transfirió la totalidad de su patrimonio a tres entidades beneficiarias (entidades adquirentes): MARKET DREAMS S.L., URBATIETAR S.L. y VALORES UNIDOS VUSA S.L., el Tribunal Supremo estableció que, el análisis de los motivos económicos válidos no puede circunscribirse únicamente a las circunstancias previas o concomitantes a la operación, sino que exige un análisis integral que incorpore también los elementos y consecuencias posteriores a su ejecución. Según el criterio jurisprudencial, solo de este modo puede llevarse a cabo una evaluación rigurosa de la verdadera finalidad económica que subyace a la operación reestructurativa, permitiendo así discernir si la misma responde a una necesidad empresarial legítima o si, por el

¹²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 4166/2013, de 28 de junio (Sala de lo Contencioso-Administrativo; RJ\2013\6024).

¹²² Marín Benítez, G., “Yo opiné antes. Yo opino ahora. Reflexiones sobre los motivos económicos válidos y las reestructuraciones empresariales”, Fiscal Blog, 2023 (disponible en <https://fiscalblog.es/yo-opine-yo-opino-sobre-los-motivos-economicos-validos-y-las-reestructuraciones-empresariales/>; última consulta 25/03/2025).

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo 4904/2015, de 15 de octubre (Sala de lo Contencioso-Administrativo; RJ\2016\99).

contrario, constituye un instrumento artificioso orientado exclusivamente a la obtención de una ventaja fiscal.

Finalmente, en relación con la interpretación de la presunción de fraude fiscal contemplada en el régimen especial de reestructuraciones, cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado una evolución significativa. En una primera etapa, el Tribunal adoptó un enfoque riguroso y literalista del 89.2 de la LIS, entendiendo que la falta de motivos económicos válidos debía identificarse únicamente con la ausencia de finalidades estrictamente vinculadas a la reestructuración o racionalización empresarial. Así lo evidencian pronunciamientos como las sentencias de 7 de abril de 2011¹²⁴, en la que se analizó una fusión por absorción entre Banca March, S.A. y Menhir Inmobiliario, S.A., y de 15 de octubre de 2015, donde se rechazó la aplicación del régimen de diferimiento al considerar que la operación no respondía a una finalidad reorganizativa, lo que equivalía a reputarla abusiva. No obstante, este enfoque excesivamente restrictivo fue progresivamente matizado a partir de la influencia de la jurisprudencia del TJUE, que impone una interpretación finalista del concepto de “motivo económico válido”. En particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016 marcó un punto de inflexión al subrayar que la exclusión del régimen fiscal especial solo procede cuando se acredite que el objetivo principal de la operación es la obtención de una ventaja fiscal fraudulenta o evasiva, y no por el mero hecho de que la reestructuración no persiga fines de racionalización y reestructuración. De este modo, el Tribunal, asumió que los motivos económicos válidos no se agotan en la búsqueda de eficiencia organizativa, sino que pueden abarcar otras finalidades empresariales legítimas, tales como, la simplificación operativa, la reorientación estratégica o la mejora en la financiación, siempre que estén alineadas con el objetivo del régimen de diferimiento, esto es, la continuidad y el fortalecimiento de la actividad económica.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 2739/2011, de 7 de abril (Sala de lo Contencioso-Administrativo; RJ\2011\3069).

IV. CONCLUSIONES

Primera: el régimen especial se configura como un mecanismo de neutralidad fiscal y no como un instrumento de exoneración tributaria

El tratamiento fiscal previsto por el capítulo VII del título VII de la LIS responde a una lógica de neutralidad y no de exoneración del tributo en la medida en que evita anticipar la tributación de plusvalías latentes derivadas de reorganizaciones empresariales que, en esencia, no suponen una variación sustancial del sujeto económico que detenta el patrimonio. Esta configuración técnica no compromete la potestad tributaria del Estado, que conserva su capacidad recaudatoria, sino que la reordena temporalmente para permitir que las decisiones societarias respondan a criterios económicos legítimos y no se vean interferidas por cargas fiscales artificialmente anticipadas

Segunda: Es necesaria una revisión del artículo 89.2 de la LIS para garantizar la coherencia normativa con el Derecho de la Unión y reforzar la seguridad jurídica del contribuyente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mostrado un paulatino esfuerzo por interpretar la cláusula antiabuso conforme al criterio finalista del TJUE, centrándose en el carácter artificioso y el propósito elusivo de la operación, más que en la mera existencia de una ventaja fiscal. Sin embargo, esta evolución interpretativa choca con una limitación estructural: la redacción actual del artículo 89.2 de la LIS introduce el concepto “ventaja fiscal” que conduce a una denegación automática, sin exigir la concurrencia efectiva de un diseño abusivo o de una voluntad defraudatoria.

Esta configuración normativa desvirtúa el sentido original de la cláusula previsto en la Directiva 2009/133/CE, donde la ausencia de motivos económicos válidos actúa únicamente como un indicio, y no como una causa autónoma y suficiente para denegar el régimen. La presunción legal prevista en la normativa española desplaza injustificadamente la carga probatoria al contribuyente y habilita interpretaciones rígidas por parte de la Administración tributaria, que muchas veces confunde la planificación fiscal legítima con el fraude o la evasión, restringiendo indebidamente el acceso al régimen.

Una reforma legislativa que restablezca la naturaleza indiciaria —y no determinante— de dicha presunción, conforme al modelo comunitario, permitiría armonizar el sistema interno con las exigencias del Derecho europeo, dotar de mayor certeza a los operadores económicos y evitar el rechazo sistemático de operaciones empresariales lícitas que persiguen fines legítimos de racionalización o eficiencia.

Tercera: La existencia de un conflicto entre la necesidad de conceptos jurídicos indeterminados y la seguridad jurídica del contribuyente en el marco de la cláusula antiabuso.

La inclusión de conceptos jurídicos indeterminados en el diseño normativo de la cláusula antiabuso obedece a finalidades legítimas desde la óptica del interés general. Esta técnica permite dotar al ordenamiento tributario de instrumentos suficientemente flexibles para identificar y desarticular esquemas de elusión fiscal que, si la norma estuviera formulada con carácter cerrado, podrían sortearse fácilmente mediante estructuras artificiosas ajustadas formalmente a la legalidad. Al mismo tiempo, esta indeterminación no solo opera en beneficio del interés público, sino que también puede funcionar como una garantía para el contribuyente, al permitir una valoración sustancial y caso por caso de cada operación, evitando la exclusión automática del régimen especial por no encajar en modelos normativos previamente definidos de forma rígida.

Sin embargo, en el ámbito específico del régimen fiscal aplicable a las operaciones de concentración y reestructuración empresarial, el uso de estos conceptos ha derivado en prácticas interpretativas que comprometen gravemente la seguridad jurídica del contribuyente. La falta de concreción legal otorga a los órganos administrativos y judiciales un margen de interpretación excesivamente amplio que, en no pocas ocasiones, se ejerce con un enfoque restrictivo, privilegiando la protección de los intereses recaudatorios del Estado en detrimento de los derechos de los sujetos pasivos. Este sesgo interpretativo genera un contexto de profunda incertidumbre normativa, en el que la aplicación del régimen especial puede ser denegada no por la naturaleza objetiva de la operación, sino por una apreciación subjetiva de sus fines económicos. Así, el sistema invierte su lógica garantista y desplaza la carga de la prueba sobre el contribuyente, quien queda expuesto a una Administración con amplias facultades para presumir abuso, incluso en presencia de elementos económicos válidos.

Finalmente, este desequilibrio interpretativo no solo afecta al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, sino que plantea serias objeciones desde la perspectiva del principio de igualdad en la aplicación de la ley recogido en el artículo 14 CE, al permitir que situaciones sustancialmente iguales sean tratadas de manera desigual en función del criterio del órgano actuante. Además, se tensiona el principio de reserva de ley en materia tributaria contemplado en el artículo 31.3 CE, al trasladar al intérprete –y muy especialmente a la Administración tributaria– la responsabilidad de determinar, en ausencia de una delimitación legal clara, los requisitos esenciales para el acceso a un beneficio fiscal. Esta traslación de competencias legislativas desdibuja los límites del principio de legalidad tributaria y debilita la posición jurídica del contribuyente.

V. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Legislación

- 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 (DOCE núm. 225, de 20 de agosto 1990, Ref. DOUE-L-1990-81108). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1990-81108>
- 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 SE o una SCE de un Estado miembro a otro. (DOUE núm. 310, de 25 de noviembre 2009, Ref. DOUE-L-2009-82212). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2009-82212>
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992, Ref. BOE-A-1992-28740). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740>
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003, Ref. BOE-A-2003-23186). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>
- Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (BOE núm. 62, de 12 de marzo de 2004, Ref. BOE-A-2004-4527). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-4527>
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de

2006, Ref. BOE-A-2006-20764). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764>

- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, de 28 de noviembre 2014, Ref. [BOE-A-2014-12328](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-12328)). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-12328>
- 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 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1993, Ref. BOE-A-1993-25359). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1993-25359>
- Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2015, Ref. BOE-A-2015-7771). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7771>

5.2. Jurisprudencia

- Audiencia Nacional. (2004). Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 7787/2004, de 9 de diciembre. JT\2005\1243. Disponible en Aranzadi.
- Dirección General de Tributos. (2009). Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos CV1704-2009 de 16 de julio. EDD 2009/211022. Disponible en Lefebvre.
- Dirección General de Tributos. (2016). Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos V3935-2016, de 19 de septiembre. EDD 2016/182886. Disponible en Lefebvre.
- Dirección General de Tributos. (2018). Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos V2145-2018, de 18 de julio. EDD 2018/120044. Disponible en Lefebvre.
- Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/2005, de 8 de junio. RTC\2005\120. Disponible en Aranzadi.

- Tribunal Económico-Administrativo. (2008). Resolución del Tribunal Económico-Administrativo 2032/2007, de 25 de septiembre. EDD 2008/196745. Disponible en Lefebvre.
- Tribunal Económico-Administrativo. (2019). Resolución del Tribunal Económico-Administrativo 3828/2018, de 3 de diciembre. EDD 2019/41029. Disponible en Lefebvre.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1997). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-28/95, de 17 de julio. ECLI:EU:C:1997:369. Disponible en EUR-Lex.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1999). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-212/97, de 9 de marzo. ECLI:EU:C:1999:126. Disponible en EUR-Lex.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2006). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-196/04, de 12 de septiembre. ECLI:EU:C:2006:544. Disponible en EUR-Lex.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2007). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-321/05, 5 de julio. ECLI:EU:C:2007:408. Disponible en EUR-Lex.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2012). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-326/11, de 12 de julio. ECLI:EU:C:2012:461. Disponible en EUR-Lex.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2013). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-653/11, de 20 de junio. ECLI:EU:C:2013:409. Disponible en EUR-Lex.

- Tribunal Supremo. (2011). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2739/2011, de 7 de abril. RJ\2011\3069. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2011). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4147/2011, de 30 de mayo. RJ\2011\4838. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2010). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1858/2010, de 29 de marzo. RJ\2010\4564. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2012). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 7264/2012, de 12 de noviembre. RJ\2016\6136. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2013). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1974/2013, de 15 de abril. RJ\2013\3634. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2013). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2588/2013, de 27 de mayo. RJ\2013\4537. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2013). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4166/2013, de 28 de junio. RJ\2013\6024. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2013). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4611/2013, de 16 de septiembre. RJ\2013\7670. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2015). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 93/2015, de 26 de enero. RJ\2015\302. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2015). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4904/2015, de 15 de octubre. RJ\2016\99. Disponible en Aranzadi.
- Tribunal Supremo. (2016). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2508/2016, de 23 de noviembre. RJ\2016\6136. Disponible en Aranzadi.

- Tribunal Supremo. (2021). Sentencia del Tribunal Supremo núm. 463/2021, de 31 de marzo. RJ\2021\1668. Disponible en Aranzadi.

5.3. Obras doctrinales

- Calvo Vérguez, J., “La proyección del antiguo fraude de la Ley en materia tributaria” en Calvo Vérguez, J. (coord.), *La Cláusula Antiabuso tras la Reforma Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1-36.
- Calvo Vérguez, J., *Fusiones y escisiones de sociedades: aspectos prácticos mercantiles y fiscales*”, 4ªed., La Ley, Madrid, 2023, pp. 1-2608.
- Durán-Sindreu Buxadé, A., “El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma”, *Revista Técnica Tributaria*, n. 55, 2001, pp. 21-68.
- García Novoa, C., “La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, *Revista Técnica Tributaria*, n. 54, 2001, pp. 19-54.
- Lefebvre, *Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores*, Memento Fiscal, Madrid, 2025, n. 6335-6551.
- López Tello, J., “La cláusula antiabuso del anteproyecto de nueva Ley General Tributaria”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 5, 2003, pp. 45-56
- López Tello, J. y Cremades Schulz, M., “El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 25, 2012, pp. 46-60.
- Martínez Alfonso, A. y Borrás Amblar, F., *Casos prácticos de operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones, escisiones, adquisiciones de negocio, aportaciones no dinerarias, canje de valores y otras operaciones*, 1ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 1-764.

- Palao Taboada, C., “Los «motivos económicos válidos» en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales”, *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 235, 2002, pp. 63-110.
- Palao Taboada, C., “Normas anti-elusión en el Derecho interno español y en el Derecho comunitario europeo” en Palao Taboada, C. (coord.), *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, 1.ª ed., Lex Nova, Madrid, 2009, pp. 1-40.
- Parra Ruiz, G., “Los motivos económicos válidos. La cláusula antiabuso en las fusiones y operaciones asimiladas (Parte 1ª)”, *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n. 94, 2023, pp. 1-12.
- Pérez Royo, F., *Derecho Financiero y Tributario*, Civitas, Madrid, 2000, p.100.
- Pérez Royo, I., “El Impuesto sobre Sociedades (II). Los regímenes especiales” en Pérez Royo, F. (dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2024, pp. 511-550.
- Pita Grandal, A. M. y Aneiros Pereira, J., “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica Tributaria*, n. 114, 2012, pp. 111-148.
- Prósper Almagro, A. B., “Retos pendientes en la interpretación de la cláusula antiabuso del régimen de reestructuración empresarial: los motivos económicos válidos y la ventaja fiscal a regularizar”, *Nueva Fiscalidad*, n. 1, 2024, pp. 83-108.
- Romero de la Vega, A. y Salto Guglieri, J., “Ventaja fiscal e inaplicación parcial en el régimen de fusiones”, *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n. 26, 2017, p. 24-34.

5.4. Recursos de internet

- Comisión de las Comunidades Europeas, “Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria”, EUR-Lex, 2001 (disponible en [https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/)

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0582:FIN:ES:PDF;
última consulta 4/02/2015).

- Comisión de las Comunidades Europeas, “La fiscalidad en la Unión Europea. Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios”, EUR-Lex, 1996 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0546&from=LV>; última consulta 01/03/2025).

- Montero Aramburu Abogados, “La Comisión Europea lleva a España ante el TJUE por no garantizar la correcta aplicación de la Directiva 2009/133/CE, sobre fusiones”, Montero Aramburu Abogados (disponible en <https://www.montero-aramburu.com/la-comision-europea-lleva-a-espana-ante-el-tjue-por-no-garantizar-la-correcta-aplicacion-de-la-directiva-2009-133-ce-sobre-fusiones/>; última consulta 15/01/2025).