



FACULTAD DE DERECHO

RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN

Especial referencia a los casos de incorrecta aplicación

Autor: Silvia Sánchez Mourelo

5º E3 - D

Derecho Financiero y Tributario

Tutor: Cristino Fayos Cobos

Madrid

Junio 2018

Resumen

Actualmente, las empresas se encuentran en constante cambio con el fin de adaptarse a la realidad económica y de poder ser más eficientes en sus tareas. En este contexto, tales entidades pueden optar por operaciones de reestructuración, como son las fusiones, escisiones, adquisiciones, canje de valores y cambios de domicilio social. Estas operaciones mercantiles requieren un régimen fiscal especial de diferimiento o neutralidad, que tiene como principal objetivo que la fiscalidad no interfiera en los procesos de reestructuración. Las razones económicas presentes en tales operaciones, podrían verse obstaculizadas por el coste fiscal que tales operaciones pudieran representar, por lo que es preciso adoptar medidas que mitiguen o eviten el impacto de ese coste fiscal.

Abstract

Currently, companies are constantly evolving in order to adapt to the economic reality and to be able to be more efficient in their tasks. In this context, such entities may opt for restructuring operations, such as mergers, divisions, acquisitions, exchanges of securities and changes of registered office. These mercantile operations give rise to a special tax deferral regime, whose main objective is that taxation does not interfere in restructuring processes. The economic reasons present in such operations could be hindered by the fiscal cost that such operations could represent, for which reason it is necessary to adopt measures that mitigate or avoid the impact of this fiscal cost.

Palabras clave: operaciones de reestructuración, régimen de diferimiento, plusvalías latentes, valoración fiscal, motivos económicos válidos.

Key words: restructuring operations, deferral regime, unrealized capital gain, tax valuation, valid economic reasons.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.- INTRODUCCIÓN	1
1.- Contextualización del tema	1
2.- Objetivos.....	3
3.- Estructura del trabajo	4
II. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL.....	5
1.- Normativa aplicable.....	5
1.1.- Normativa mercantil: Ley 3/2009	5
1.2.- Normativa contable: PGC.....	6
1.3.- Normativa fiscal	9
1.4.- Comparación entre normativa mercantil y contable, frente a normativa fiscal	13
2.- Requisitos para la aplicación del régimen	15
2.1.- Requisitos formales.....	15
3.2.- Requisitos sustantivos.....	16
3.- Ámbito de aplicación	17
3.1.- Aclaraciones previas.....	17
3.2.- Definición de las operaciones	17
4.- Contenido del régimen – rentas a integrar y reglas de valoración	25
4.1.- Aclaraciones previas.....	25
4.2.- Régimen de las rentas derivadas de la transmisión – Artículo 77.....	27
4.3.- Valoración fiscal de los bienes adquiridos – Artículo 78	29
4.4.- Valoración fiscal de las acciones o participaciones recibidas en contraprestación de la aportación – Artículo 79	29
4.5.- Régimen fiscal del canje de valores – Artículo 80.	29
4.6.- Tributación de los socios en las operaciones de fusión y escisión – Artículo 81.....	31
III.- CLÁUSULA ANTIABUSO: FRAUDE O EVASIÓN, MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS Y VENTAJAS FISCALES.....	32
1.- Regulación de la cláusula antiabuso	32
1.1.- Comparación entre redacciones de la normativa de IS	33
1.2.- Comparación entre directiva 2009/133/CE y LIS actual.....	34
2.- Aplicación de la cláusula antiabuso	35
2.1.- Cuándo procede la aplicación de la cláusula antiabuso	35
2.2.- Cómo debe aplicarse la cláusula antiabuso, desde el punto de vista probatorio	44
2.3.- Consecuencias de la aplicación de la cláusula antiabuso: inaplicación total o parcial del régimen de diferimiento.....	50
IV.- ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS DE EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN: CRITERIOS ADMINISTRATIVOS Y JURISPRUDENCIALES	52
V. CONCLUSIONES.....	56

V. BIBLIOGRAFÍA	57
1. Legislación	57
2. Jurisprudencia	58
3. Obras doctrinales.....	59

I.- INTRODUCCIÓN

1.- Contextualización del tema

Nuestros impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades están basados, fundamentalmente, en el gravamen de las rentas que pongan de manifiesto una capacidad contributiva.

Como consecuencia de ello, cuando una persona física o una entidad sea titular de un bien o derecho objeto de revalorización, tendrá que tributar por ese aumento de valor, si bien esa obligación no nacerá, como regla general, por el mero hecho de que existan plusvalías latentes, sino sólo cuando esas plusvalías se materialicen como consecuencia de una transmisión. Pero cuando esa futura transmisión se produzca, se tributará por toda la ganancia que se haya generado acumulativamente, durante todo el periodo de tenencia de ese bien o derecho.

Ahora bien, existen ciertos supuestos, en los que, incluso produciéndose una transmisión de bienes o derechos, dicha transmisión puede no haberse llevado a cabo como una finalidad en sí misma, sino más bien, como la inevitable consecuencia de una determinada operación. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando se lleven a cabo operaciones de reestructuración tales como fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias o canje de valores, por razones exclusivamente económicas.

Pero en ese caso, las razones económicas presentes en tales operaciones, podrían verse obstaculizadas por el coste fiscal que tales operaciones pudieran representar.

Y como la filosofía presente en estos casos es que la fiscalidad no debe interferir en los procesos de reestructuración, sino que debe ser neutral, es preciso adoptar medidas que mitiguen o eviten el impacto de ese coste fiscal.

Eso es lo que ha pretendido nuestra normativa tributaria con las siguientes fórmulas:

- Antiguamente, con un régimen de bonificación de hasta el 99% de la cuota inherente a las rentas afloradas en la transmisión inherente a ciertas operaciones de reestructuración, como planteaba la “vieja” Ley 76/1980, sobre régimen fiscal de fusiones de Empresas.

- Y posteriormente, con un régimen de diferimiento en la tributación, que fue introducido en nuestra legislación por la Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, transponiendo así la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

Este régimen de diferimiento de la tributación correspondiente a las rentas puestas de manifiesto en operaciones de reestructuración, siempre que se den los requisitos previstos, es el que se ha mantenido hasta el momento actual, con la finalidad de conseguir que la fiscalidad no suponga un estímulo, pero tampoco un obstáculo, a la realización de ese tipo de operaciones.

No obstante, dicho diferimiento sólo se producirá si los obligados tributarios que intervienen en la operación, así lo desean, ya que la normativa de Sociedades plantea dos regímenes alternativos para estos supuestos, como tendremos oportunidad de examinar a lo largo de este trabajo.

Así concretamente, cuando se cumplan los requisitos mercantiles y fiscales previstos en la normativa, cabrá la posibilidad de aplicar dos regímenes alternativos de tributación:

- El régimen de diferimiento al que nos estamos refiriendo, que es un régimen especial regulado en la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, "LIS") en el Título VII, Capítulo VII, artículos 76 a 89.
- El régimen general, que básicamente se recoge en el artículo 17 de esa misma LIS.

El funcionamiento de ambos regímenes gira en torno a dos pilares básicos que se hayan plenamente conectados entre sí, con la finalidad de evitar, tanto situaciones de desimposición, como de sobreimposición:

- la integración, o no, de rentas en el transmitente por plusvalías generadas en los elementos transmitidos
- la valoración de los elementos adquiridos en el adquirente.

Y así concretamente:

- En caso de aplicación del régimen especial de diferimiento, la no integración de rentas en el transmitente, va acompañada de una valoración fiscal del patrimonio en el adquirente, que se corresponda con el viejo valor por el que figuraba ese bien o derecho en el transmitente.
- En caso de aplicación del régimen general de tributación inmediata, el transmitente deberá tributar por las rentas correspondientes a las plusvalías de los elementos transmitidos, que paralelamente serán valorados en el adquirente por el valor ya actualizado.

Pues bien, a lo largo de este trabajo analizaremos los siguientes aspectos:

- En primer lugar, el funcionamiento de este régimen de diferimiento, abordando la tributación de los distintos sujetos que intervienen en las operaciones de reestructuración, que serán entidades y socios, y por lo que se refiere a éstos, ya se trate de personas físicas o jurídicas. Ello nos llevará a examinar, además de las reglas de integración de rentas y de valoración, otras cuestiones tales como subrogación en derechos y obligaciones, obligaciones contables y normas para evitar doble imposición.
- En segundo lugar, abordaremos la exclusión del régimen, centrándonos especialmente en los casos de fraude o evasión.
- Y finalmente estudiaremos casos concretos en los que se ha considerado que no procede aplicar el régimen de diferimiento, ya se haya llegado a esta conclusión con carácter previo a la realización de la operación, en virtud de consultas emitidas por la Dirección General de Tributos, o incluso después de haberse acogido el obligado tributario al régimen de diferimiento, pero considerando la Administración que no procede su aplicación.

2.- Objetivos

Podemos resumir los objetivos del trabajo en cuatro puntos fundamentales:

- Presentación del régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración

- Delimitación del ámbito de aplicación del régimen
- Aclaración de las reglas de funcionamiento del régimen
- Explicación de la naturaleza, el funcionamiento y las consecuencias de la cláusula antiabuso

3.- Estructura del trabajo

El trabajo se encuentra estructurado en tres grandes bloques, mediante los cuales se pretende llevar a cabo un análisis de las operaciones de reestructuración y el régimen de diferimiento del cual pueden disfrutar si cumplen una serie de requisitos, desde un punto de vista teórico, es decir, relativo a su legislación, y desde un punto de vista práctico, donde se exponen casos concretos de las operaciones en cuestión.

En el primer bloque se realiza un análisis del régimen de diferimiento, donde se detalla su normativa aplicable, los requisitos para su aplicación, el ámbito de aplicación concreto y el contenido del régimen, es decir, las rentas a integrar y las reglas de valoración.

En el segundo bloque encontramos una especial referencia a la cláusula antiabuso, donde se estudia la regulación, aplicación y consecuencias de la misma.

En el tercer bloque se exponen unos casos prácticos de exclusión del régimen por incumplimiento de los requisitos sobre el ámbito de aplicación y por fines de fraude o evasión fiscal.

Por último, se presentan las conclusiones extraídas de la realización del trabajo.

II. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL

1.- Normativa aplicable

Las operaciones de reestructuración arriba enumeradas pueden incidir en distintos aspectos, tales como mercantiles, contables, laborales y fiscales.

Y aunque en el presente trabajo vamos a centrarnos en los aspectos fiscales, dada la relación que ello puede tener con el ámbito mercantil y contable, procederemos a detallar a continuación la normativa que preside estos dos aspectos, antes de referirnos a la normativa fiscal.

1.1.- Normativa mercantil: Ley 3/2009

La regulación mercantil de las operaciones de reestructuración aparece contemplada en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Esta ley entró en vigor el día 4 de julio de 2009, si bien fue objeto de diversas modificaciones posteriormente, en las siguientes fechas y por las siguientes normas:

- En el mismo año 2009, por la Ley 27/2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Esta ley incorporó una disposición adicional relativa a especialidades de estas operaciones en caso de entidades de crédito.
- En el año 2011, por la Ley 25/2011, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Por esta disposición se modificó el artículo 34, dedicado al informe de expertos en el proyecto de fusión.
- En el año 2012, por el RDL 9/2012 y Ley 1/2012, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. Estas normas modificaron diversos artículos y añadieron el artículo 78 bis, para simplificar los requisitos en el régimen de escisión.

- En el año 2014, por el RDL 4/2014 y Ley 17/2014, de adopción de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que modificó el artículo 50, sobre absorción de sociedad participada al 90%.

La estructura de esta ley consta de 6 Títulos y una serie de disposiciones. Los citados títulos abordan las siguientes cuestiones:

- Título Preliminar – Disposiciones generales – artículos 1 y 2.
- Título I – Transformación – artículos 3 a 21.
- Título II – Fusión – artículos 22 a 67.
- Título III – Escisión – artículos 68 a 80.
- Título IV – Cesión global de activo y pasivo – artículos 81 a 91.
- Título V – Traslado internacional del domicilio social - artículos 92 a 103.

Como veremos después, este contenido no es plenamente coincidente con el regulado en el régimen fiscal especial regulado en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, por lo que destacaremos las principales similitudes y diferencias, tras analizar la normativa fiscal.

1.2.- Normativa contable: PGC

La regulación contable de las operaciones de reestructuración aparece recogida, fundamentalmente, en el PGC, en las Normas de Registro y Valoración (NRV) 19ª y 21ª:

- La NRV 19 se denomina “Combinaciones de negocios” y es aplicable a las operaciones societarias de fusión, escisión y aportación no dineraria de un negocio en las que no intervengan empresas del grupo.
- La NRV 21, denominada “Operaciones entre empresas del grupo” es la que procede aplicar a esas mismas operaciones, cuando tienen lugar entre empresas del grupo.

1.2.1.- Delimitación del ámbito de aplicación de ambas NRV 19ª y 21ª.

A efectos de la delimitación del ámbito de aplicación de las dos NRV citadas, 19ª y 21ª, lo primero que conviene aclarar es qué se entiende por empresas del grupo a estos efectos.

Esa cuestión se resuelve en la propia NRV 21, al aludir como tales a las que quedan definidas en la Norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13ª.

Y de acuerdo con esta NECA 13ª *“...se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio para los grupos de sociedades o cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias”*.

De la lectura de este párrafo podemos concluir que el concepto de grupo de empresas al que se va a aplicar la NRV 21ª, en lugar de la 19ª, es mucho más amplio que el concepto de grupo mercantil recogido en el artículo 42 del Código de Comercio, puesto que abarca:

- Además de al propio grupo mercantil del artículo 42 del Código de Comercio, que desde 2008 sólo incluye al identificado por la doctrina como “grupo vertical”,
- Al identificado doctrinalmente como “grupo horizontal”.

Y en relación a estos dos tipos de grupo, conviene aclarar lo siguiente:

- El grupo vertical sólo surge cuando una sociedad controle a otra, de la siguiente forma: *“una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse

las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.”

- Por el contrario, el grupo horizontal está integrado por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.

1.2.2.- Reglas contables a aplicar, de acuerdo con las NRV 19ª y 21ª.

Dependiendo del tipo de operación de reestructuración que se lleve a cabo, de la condición en que intervenga cada entidad y de la existencia, o no, de grupo, procederá utilizar el valor contable o el valor razonable.

El PGC regula esta cuestión en dos Normas de Registro y Valoración (NRV), la 19 y la 21, que fueron objeto de modificación en 2010, por el RD 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas de Formulación de cuentas anuales consolidadas (NOFCAC) y se modifica el PGC y el PGC de PYMES. Y así concretamente:

1.2.2.1.- NRV 19 – “Combinaciones de negocios”

La NRV 19 regula cómo contabilizar las combinaciones de negocios en las que no intervengan empresas del grupo.

Se entiende por combinación de negocios, la operación en la que una empresa adquiere el control de uno o varios negocios.

Se considera negocio, un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos a sus propietarios o partícipes.

En las combinaciones de negocios en las que no intervengan empresas del grupo, generalmente se utilizará el valor razonable de los activos y pasivos asumidos, en la fecha de adquisición.

1.2.2.2.- NRV 21 – “Operaciones entre empresas del grupo”

La NRV 21 regula en su apartado 2 una serie de normas particulares, aplicables cuando los elementos objeto de transacción deban calificarse como un negocio, especificando los criterios a utilizar en ciertas operaciones societarias, tales como aportaciones no dinerarias, fusiones y escisiones.

Y en esos casos, normalmente se utilizará el valor contable de los elementos transmitidos, en las cuentas anuales consolidadas.

1.3.- Normativa fiscal

Las operaciones de reestructuración mercantil dan lugar a hechos imponible tanto en la imposición directa, como indirecta.

No obstante, en este trabajo únicamente nos centraremos en la imposición directa.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que los principales protagonistas de estas operaciones son entidades, la normativa fundamental es la recogida en la LIS.

Pero en la medida en que, en algunas de esas operaciones, intervendrán personas físicas, ya sea efectuando aportaciones no dinerarias, o como socios de las entidades que sean objeto de fusión o escisión, también será necesario tener en cuenta lo establecido en la 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 (en adelante, "LIRPF").

Aclarado lo anterior, vamos a concretar a continuación, cuáles son las principales disposiciones a tener en cuenta de ambos textos legales.

1.3.1.- LIS

- Régimen general
 - Artículo 17 LIS – Regla general y reglas especiales de valoración en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias.

En este artículo se aborda la valoración de los elementos transmitidos y recibidos, así como la consiguiente renta a integrar, cuando se llevan a cabo operaciones en las que no medie contraprestación dineraria, tales como

donaciones, permutas y operaciones societarias consistentes en fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias, canjes, reducciones de capital social con devolución de aportaciones, y otras similares.

Y en la medida en que estas operaciones se traten fiscalmente como si se hubiera producido una transmisión, se acudirá al valor de mercado de los elementos objeto de transmisión, integrando en la base imponible la renta correspondiente a la diferencia entre ese valor de mercado y el valor fiscal que previamente tuviera ese elemento.

- Artículo 19 LIS – Cambios de residencia, operaciones realizadas con o por personas o entidades residentes en paraísos fiscales y cantidades sujetas a retención.

No obstante, en relación al tema que en este trabajo se analiza, sólo sería necesario tener en cuenta el primer apartado, relativo a cambios de residencia.

- Régimen especial

- El régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social entre Estados miembros de la Unión Europea se caracteriza, como ya hemos dicho, por la posibilidad de diferir la tributación de los elementos transmitidos, a condición de que, quien los adquiera, conserve el valor que estos tenían en la transmitente, antes de la citada transmisión

Su regulación se recoge en los artículos 76 a 89 LIS, que a continuación detallamos, tratando de aclarar de forma muy resumida su ámbito de aplicación, para facilitar su comprensión, debido a que la sistemática de este capítulo de la LIS es un tanto compleja, al no estar los artículos excesivamente ordenados:

- 1º- Tipos de operaciones que se pueden acoger al régimen especial:
 - Artículo 76 – Definiciones

- Artículo 87 – Aportaciones no dinerarias
- 2º- Contenido del régimen especial – aspectos generales:
 - Artículo 77 – Régimen de las rentas derivadas de la transmisión.
 - Esta regulación es aplicable a fusiones, escisiones y aportaciones no dinerarias.
 - Artículo 78 – Valoración fiscal de los bienes adquiridos.
 - El ámbito de aplicación de este artículo, es equivalente al señalado en el artículo anterior: fusiones, escisiones y aportaciones no dinerarias, aunque en relación a esta última operación, sólo por lo que se refiere a la sociedad receptora de la aportación no dineraria.
 - Artículo 79 – Valoración fiscal de las acciones o participaciones recibidas en contraprestación de la aportación.
 - Este precepto es aplicable a los socios que efectúan la aportación no dineraria.
 - Artículo 80 – Régimen fiscal del canje de valores.
 - En este artículo se aborda, de forma global, todo el tratamiento fiscal de canje de valores, tanto para las sociedades “adquirente y adquirida”, como para los socios de la “adquirida”, que intervienen en dicho canje.
 - Artículo 81 – Tributación de los socios en las operaciones de fusión y escisión.
 - Como el propio artículo precisa, éste sólo es aplicable a los socios que intervienen en operaciones de fusión

y escisión. Y esta situación afecta, concretamente, a los socios de las sociedades transmitentes.

- Artículo 82 – Participaciones en el capital de la entidad transmitente y adquirente.
 - Este artículo es aplicable en todas aquellas operaciones en las que la entidad transmitente o la adquirente, tengan participaciones cruzadas entre sí.
- 3º- Contenido del régimen especial – otras cuestiones adicionales.
 - Artículo 83 – Limitación en la deducción de gastos financieros destinados a la adquisición de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades.
 - Artículo 84 – Subrogación en los derechos y obligaciones tributarias.
 - Artículo 85 – Pérdidas de los establecimientos permanentes.
 - Artículo 86 – Obligaciones contables.
 - Artículo 88 – Normas para evitar la doble imposición.
- 4º- Aplicación del régimen especial.
 - Artículo 89 – Aplicación del régimen especial.

1.3.2.- LIRPF

La Ley de IRPF será aplicable a estas operaciones, cuando intervengan personas físicas:

- ya sea asumiendo el protagonismo de la operación, en caso de efectuar una aportación no dineraria o un canje de valores
- o de forma más pasiva, en caso de ser accionista de una sociedad que transmite sus bienes y derechos a otra, como consecuencia de una fusión o escisión, puesto que eso supondrá pasar a tener acciones de la sociedad adquirente, en sustitución de las acciones de la sociedad transmitente.

En todos estos casos, la persona física tendrá una ganancia o pérdida patrimonial, cuya regulación se recoge en los siguientes artículos de la LIRPF:

- 1º- Concepto de ganancias y pérdidas patrimoniales.
 - Artículo 33 – Concepto
- 2º- Importe de las ganancias y pérdidas patrimoniales
 - Artículo 34 - Norma general
 - Artículo 37 – Normas específicas de valoración

Dentro de estas normas especiales, debemos destacar las siguientes:

- Aportación no dineraria – 37.1.d
- Permuta de bienes o derechos, incluido el canje de valores – 37.1.h

1.4.- Comparación entre normativa mercantil y contable, frente a normativa fiscal

1.4.1.- Comparación entre normativa mercantil y normativa fiscal

El ámbito de aplicación de la normativa mercantil y fiscal, no es plenamente coincidente, como destacamos a continuación:

OPERACIONES REGULADAS	
NORMATIVA MERCANTIL LEY 3/2009	NORMATIVA FISCAL LIS – LEY 27/2014 RÉGIMEN ESPECIAL
Transformación	
Fusión	Fusión
Escisión	Escisión
	Aportación no dineraria
	Canje de valores
Cesión global de activos y pasivos	
Traslado internacional de domicilio social	Cambio (europeo) de domicilio social

2.4.2.- Comparación entre normativa contable y normativa fiscal

Como anteriormente vimos, de acuerdo con la normativa contable habrá unos casos en los que proceda valorar los elementos transmitidos y adquiridos de acuerdo con el valor contable, sin aflorar por tanto las posibles plusvalías generadas desde la adquisición hasta la transmisión, mientras que habrá otros casos en los que procederá aplicar el valor razonable, poniendo de manifiesto, en consecuencia, las plusvalías generadas.

Esa misma dualidad de situaciones se pondrá de manifiesto en el ámbito fiscal, pero en este caso, ligado a que el obligado tributario, no pueda o no quiera acogerse a diferimiento en la tributación, o por el contrario, se produzca ese diferimiento, debido a que, pudiendo acogerse al mismo, el obligado tributario opte por ello.

Pues bien, teniendo en cuenta que los factores determinantes de esas dos situaciones contables y fiscales no son coincidentes, podremos encontrarnos ante 4 casos distintos, como resultado de combinar los dos tipos de valores contables con que podemos encontrarnos (histórica o a valor razonable), con los dos tipos de regímenes fiscales que puedan o deban aplicarse (con o sin diferimiento en la tributación), lo que determinará que sea necesario, o no, llevar a cabo corrección o ajuste extracontable, en los siguientes términos:

VALORACIÓN CONTABLE	DIFERIMIENTO FISCAL	AJUSTE EXTRACONTABLE
Valor histórico	Sí	No
Valor histórico	No	Sí
Valor razonable	Sí	Sí
Valor razonable	No	No

2.- Requisitos para la aplicación del régimen

Como indicamos en la introducción de este trabajo, las operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores originan transmisiones y adquisiciones de elementos en los que cabe aplicar, en principio, dos regímenes de tributación alternativos:

- El régimen general, en el que las plusvalías generadas en esas operaciones tributan inmediatamente.
- El régimen especial, en el que esas plusvalías tributarán de forma diferida en el tiempo.

Pero para poder aplicar ese régimen especial que permite diferimiento, es necesario que se den una serie de requisitos, fundamentalmente sustantivos, pero en cierto modo, también de carácter formal.

2.1.- Requisitos formales

Desde el punto de vista formal, aunque desde la reforma de 2015 ya no es necesario optar explícitamente por la aplicación del régimen de diferimiento, puesto que éste se aplicará por defecto, siempre que se cumplan los requisitos sustantivos a los que ahora nos referiremos, sí sigue siendo necesario comunicar la realización de este tipo de operaciones, como se deduce del artículo 89.1 LIS, así como de los artículos 48 y 49 RIS. Y en este sentido, mientras la comunicación antes se utilizaba para optar por el régimen de diferimiento, ahora sirve para renunciar al mismo, en caso de que así lo decidan los intervinientes en tales operaciones, así como para informar a la Administración de su realización, por la incidencia que las mismas puedan tener, tanto a corto, como a largo plazo.

Como consecuencia de lo anterior, y dado el cambio de regulación comentado, cabe preguntarse qué ocurriría si no se llevara a cabo la citada comunicación. Y en ese sentido, lo más razonable es entender que ello sólo supondrá la comisión de la infracción grave prevista en el propio artículo 89.1 LIS, sancionada con multa de 10.000 €, por cada operación respecto de la que hubiera debido suministrarse información.

3.2.- Requisitos sustantivos

Desde el punto de vista sustantivo, los requisitos necesarios para la aplicación del régimen, son básicamente los siguientes:

- En primer lugar, que la operación que se lleve a cabo esté incluida en el ámbito subjetivo previsto para la aplicación del régimen. Esta cuestión será objeto de análisis a continuación, en el apartado 4 de esta misma parte del trabajo.
- En segundo lugar, que la operación no tenga como principal objetivo el fraude o evasión fiscal, tal y como estudiaremos en la segunda parte de este trabajo.

Pero además, suponiendo que se den esos requisitos para la aplicación del régimen de diferimiento, será necesario que el régimen se aplique correctamente, en relación a ciertos aspectos que la normativa regula de forma específica, como por ejemplo ocurre con el fondo de comercio de fusión.

Este planteamiento es el que defiende David Vilches de Santos¹, en el que expresamente alude a tres fases a considerar para la correcta aplicación del régimen de diferimiento, señalando lo siguiente:

- **Ámbito subjetivo:** en esta etapa debemos asegurarnos que la operación societaria en cuestión cumple las definiciones establecidas en la ley.
- **Motivos económicos válidos:** existencia de una cláusula antiabuso la cual trata de fomentar este tipo de operaciones sin impedimentos fiscales.
- **Correcta aplicación del régimen:** la ley regula los cauces para acceder al régimen y el tratamiento jurídico que han de recibir tales operaciones.

Y en relación a esta tercera fase, David Vilches de Santos, añade que toda operación de reestructuración que goce de la aplicación de este régimen normativo debe estar encuadrada en alguna de las definiciones a las que la norma se refiere, y una vez

¹ Vilches de Santos, D., "Pautas a seguir en aras de una debida aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", *Revista de Contabilidad y Tributación del CEF*, n. 394.

encontrándose dentro de este perímetro, se deberá seguir prestando atención al texto legal, ya que de la operación en cuestión podrán surgir diversas figuras normativas respecto a las cuales el legislador puede haber establecido pautas de actuación.

3.- Ámbito de aplicación

3.1.- Aclaraciones previas

Como hemos venido viendo, en el régimen especial de las operaciones de reestructuración empresarial se produce el diferimiento del pago del tributo, correspondiente a las plusvalías tácitas imputables al patrimonio de las entidades que actúan como transmitentes que serán gravadas en el momento de su materialización futura.

Las operaciones que pueden acogerse a los beneficios del régimen especial son las fusiones, las escisiones, las aportaciones de activos y de ramas de actividad, el canje de valores y el cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, aunque esta última no será abordada por el presente trabajo.

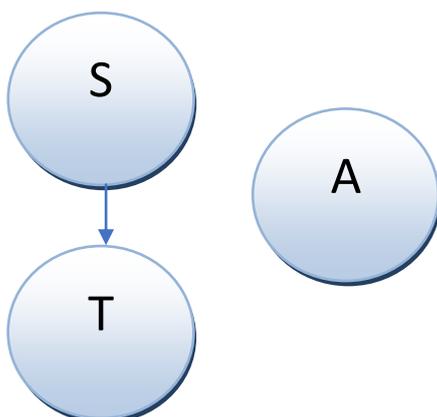
3.2.- Definición de las operaciones

3.2.1. Fusión

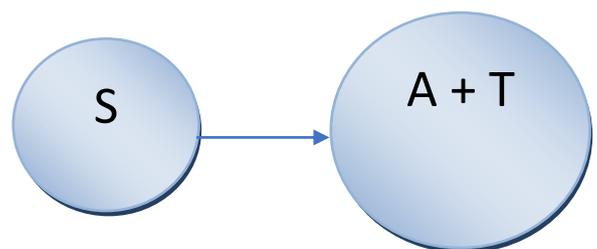
Las operaciones de fusión se encuentran reguladas en el artículo 76.1 LIS y pueden identificarse con las siguientes operaciones mercantiles:

- Fusión por absorción (artículo 23.2 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles).

Situación inicial



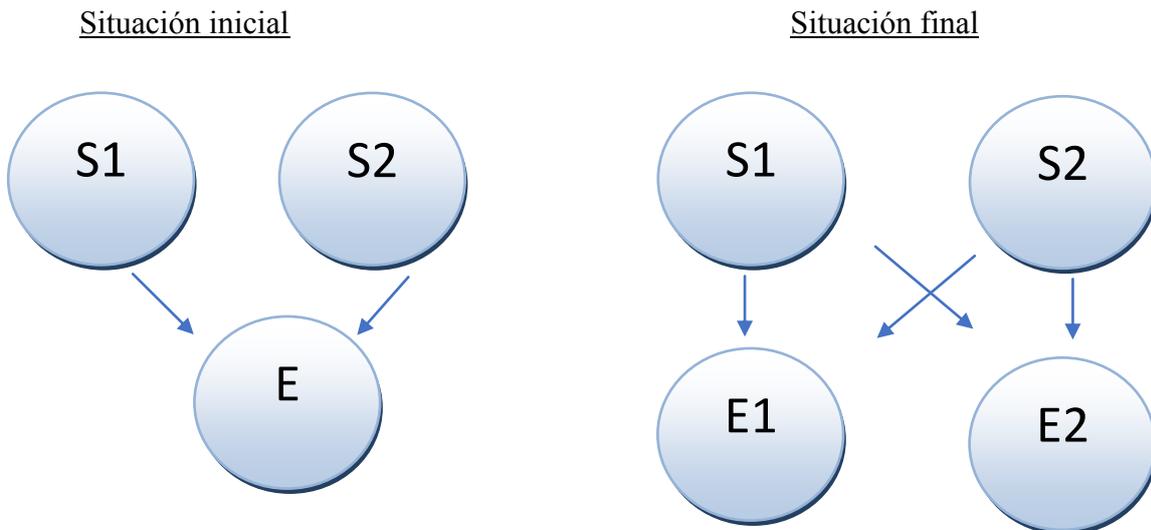
Situación final



3.2.2. Escisión

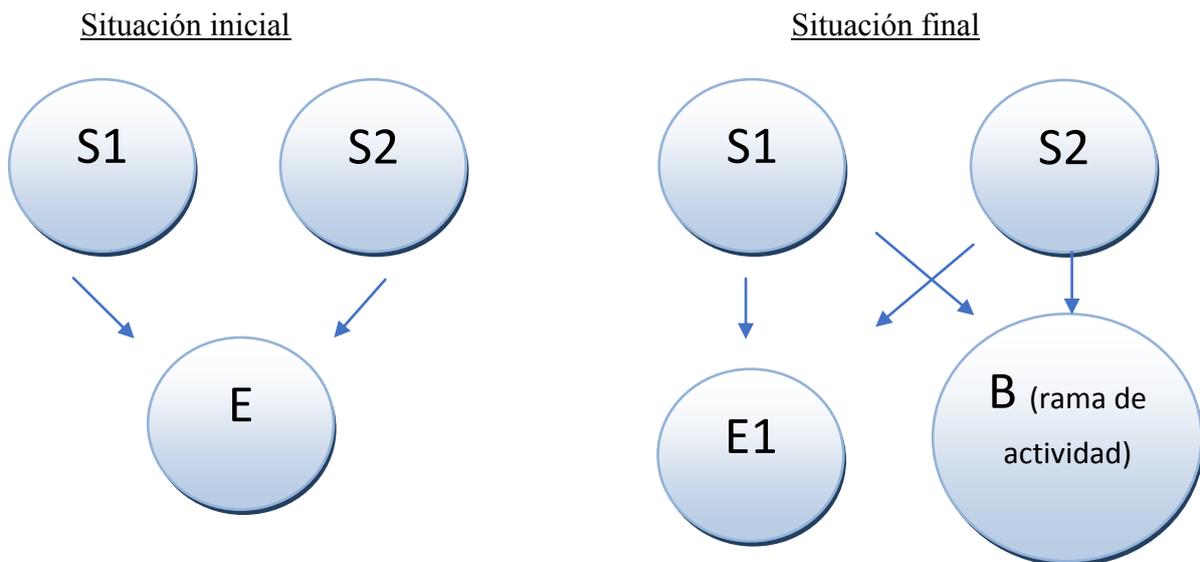
Las operaciones de escisión se encuentran reguladas en el artículo 76.2 LIS y son aquellas en las que:

- Una entidad una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y las transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad. A este tipo de escisión la denominamos escisión total (artículo 69 de la Ley 3/2009).



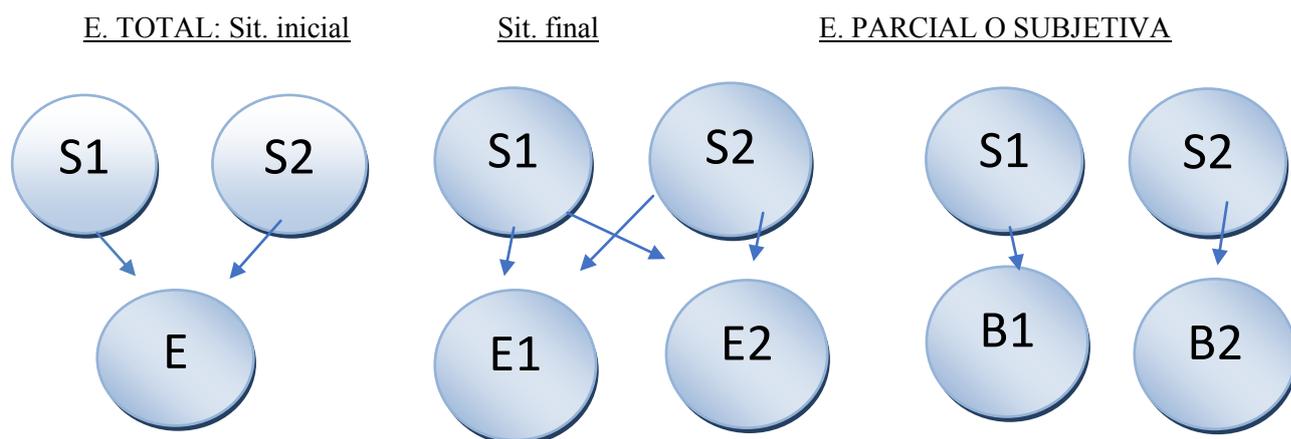
- Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, o bien participaciones en el capital de otras entidades que le confieran la mayoría del capital social de estas, recibiendo a

cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos señalados en el apartado anterior. A este tipo de escisión la denominamos escisión parcial (artículo 69 de la Ley 3/2009).



Para las operaciones de escisión, la normativa fiscal exige una serie de requisitos:

- Para todo tipo de operación de escisión: el importe de la compensación en metálico no exceda del 10% del valor nominal de los valores entregados por la entidad adquirente.
- En las operaciones de escisión parcial, que se mantenga al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, o bien participaciones en el capital de otras entidades que le confieran la mayoría del capital social de estas.
- Proporcionalidad



- Por otro lado, y partiendo de la vinculación a la definición mercantil, las denominadas operaciones de escisión subjetiva o no proporcional podrían acogerse al Régimen en los casos en que existan dos o más sociedades beneficiarias de la escisión y siempre que exista consentimiento individual de los afectados, es posible la atribución a los accionistas de la sociedad que se escinde de acciones o participaciones de una sola de las entidades beneficiarias de la escisión. Bajo esta protección las operaciones de escisión no proporcional podrían emplearse como:
 - operaciones cuyos efectos prácticos fuesen casi idénticos a los que se producen en los supuestos de separación de socios o disolución (parcial) de la sociedad participada, operaciones estas para las que no está diseñado el régimen especial de diferimiento.
 - operaciones preparatorias o previas para la ejecución de otras no protegidas por el Régimen de diferimiento, pero que, como consecuencia de la operación previa de escisión, podían realizarse con bajo o nulo coste fiscal.
- Para evitar los efectos de este tipo de escisiones subjetivas o no proporcionales, el artículo 76.2.2º LIS dispone que, en los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de las

entidades que se escinden de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquellas constituyan rama de actividad.

- Escisiones financieras (artículo 76.2.1º b) LIS). Es aquella operación por la cual una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio, al menos, participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos expuestos anteriormente.

3.2.3.- *Aportación no dineraria*

- Aportación no dineraria de rama de actividad (artículo 76.3 LIS).

Antes de definir la operación en sí debemos saber en qué consiste el concepto de rama de actividad definido en el artículo 76.4 LIS. Se entiende por rama de actividad, a los efectos de la aplicación del régimen especial de diferimiento, el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.

Una vez definido dicho concepto, pasamos a desarrollar la operación de aportación no dineraria de rama de actividad. Es aquella operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente.

- Si la aportación no dineraria es de elementos patrimoniales distintos de las acciones o participaciones, incluidas las aportaciones de ramas de actividad:
 - Los elementos patrimoniales aportados deben estar afectos a actividades económicas, cuya contabilidad se lleve con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio.
- Si la aportación no dineraria es de acciones o participaciones (además de los ya exigidos para los contribuyentes del IS):
 - Los valores aportados deberán ser representativos del capital social de una entidad (residente o no residente) a la que no sea de aplicación el régimen especial de la AIEs, españolas o europeas, ni el régimen de la UTEs, ni se trate de una entidad que tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (en los términos previstos en el artículo 4.ocho.dos la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio).
 - Los valores aportados deben representar una participación de, al menos, el 5% de los fondos propios de la entidad.
 - Los valores aportados deben haberse poseído de manera ininterrumpida por el aportante durante al año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación.

3.2.3.- Canje de valores

Esta operación, que mercantilmente podría asimilarse a la operación no dineraria, se encuentra definida en el artículo 76.5 LIS, y donde se establece que tiene la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra, que le permita

obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

Para que la misma pueda llevarse a cabo se ha de alcanzar la mayoría de derechos de voto, respecto al cual debemos tener en cuenta que:

- Cuando en el capital de la entidad participada existan acciones sin voto, éstas no deberán computarse, a estos efectos, en el porcentaje de participación adquirido.
- Cuando en la sociedad participada existan acciones propias en autocartera (cuyos derechos de voto, mercantilmente, se consideran en suspenso), dicha acciones no deberán tenerse en cuenta a los efectos de determinar el porcentaje de participación adquirido.

4.- Contenido del régimen – rentas a integrar y reglas de valoración

4.1.- Aclaraciones previas

Como señalamos en la introducción de este trabajo, en las operaciones de reestructuración, siempre se producen transmisiones de elementos y de valores que, en caso de tener acumuladas plusvalías latentes, darían lugar a tributación en el transmitente.

Pero teniendo en cuenta que esa tributación podría tener un efecto desincentivador de tales operaciones, la legislación fiscal de los distintos países contiene normas para evitar que el coste fiscal de las mismas, sea un obstáculo a las razones económicas que pueden presidir tales operaciones.

Centrándonos en nuestra legislación, el método que se utiliza actualmente para conseguir esa neutralidad fiscal, es el de diferimiento en la tributación de las plusvalías generadas, tanto en la transmisión de elementos a sociedades adquirentes, como en la transmisión de valores por parte de los socios.

Ahora bien, lo que tampoco puede ocurrir, es que, debido a este diferimiento, termine produciéndose una desimposición, por lo que, cuando el diferimiento se produce en el transmitente, el adquirente recibirá los elementos y valores al mismo valor fiscal que tenían en dicho transmitente, con independencia del valor que, desde el punto de vista contable, se otorgue a los mismos.

Hechas estas aclaraciones previas, pasamos a analizar a continuación la tributación de rentas y valoración de elementos y valores, en las distintas operaciones de reestructuración que estamos examinando en este trabajo: fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canje de valores. Y para llevar a cabo ese análisis, nos centraremos en los siguientes artículos de la LIS:

- 77 – Régimen de las rentas derivadas de la transmisión,
 - aplicable a los transmitentes de elementos en virtud de operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria.
- 78 – Valoración fiscal de los bienes adquiridos,
 - aplicable a las entidades adquirentes en esas mismas operaciones.
- 79 – Valoración fiscal de las acciones o participaciones recibidas en contraprestación de la aportación,
 - aplicable a quien efectúa una aportación no dineraria.
- 80 – Régimen fiscal del canje de valores,
 - que se ocupa,
 - tanto de las rentas de las entidades y socios,
 - como de la valoración de los bienes adquiridos por esos mismos sujetos intervinientes.
- 81 – Tributación de los socios en las operaciones de fusión y escisión

- se aplica, como el propio artículo especifica, a los socios en las operaciones de fusión y escisión.

4.2.- Régimen de las rentas derivadas de la transmisión – Artículo 77

El artículo 77 tiene 3 apartados, que se dedican a lo siguiente:

- Apartado 1: supuestos de diferimiento y reglas adicionales a tener en cuenta.
- Apartado 2: posibilidad de renunciar total o parcialmente al régimen de diferimiento.
- Apartado 3: régimen aplicable a entidades de navegación marítima y aérea internacional.

De estos apartados, pasamos a analizar los dos primeros, aclarando que son aplicables, como ya hemos señalado, a quienes efectúan transmisiones, en virtud de las siguientes operaciones:

- Fusión (el transmitente será una entidad)
- Escisión (el transmitente será igualmente una entidad)
- Aportación no dineraria (el transmitente podrá ser una persona física o una entidad)

4.2.1.- Supuestos de diferimiento y reglas adicionales a tener en cuenta.

Los supuestos de diferimiento previstos en el artículo 77.1 pretenden garantizar que las rentas no gravadas al participar en la operación de reestructuración, puedan ser gravadas en el futuro en España, cuando la adquirente efectúe una transmisión a terceros.

Y estos supuestos se pueden resumir de la siguiente forma:

<u>SUPUESTOS</u>	<u>TRANSMITENTE</u>	<u>ADQUIRENTE</u>		<u>ELEMENTOS TRANSMITIDOS</u>
<u>77.1.a.</u>	Residente	Residente	No residente, por elemento afectos a EP en España	Bienes y derechos situados en España
<u>77.1.b.</u>	Residente	Residente en EM de la UE Forma Directiva 2009 parte A anexo 1		EP en EM de la UE

		Sujeta y no exenta a tributos parte B anexo I		
<u>77.1.c.</u>	Residente	Residente		EP en EM de la UE
<u>77.1.d.</u>	No residente	Residente	No residente, por elementos afectos a EP en España	EP en España
<u>77.1.e.</u>	No residente	No residente en igual país que ET	Residente en EM de la UE Forma Directiva 2009 parte A Sujeta y no exenta a tributos parte B	Participaciones en entidad residente

Pero además, en el artículo 77.1 se recogen una serie de reglas especiales, entre las que podemos destacar las siguientes:

- En los casos del artículo 77.1, letras a), c) y d), la entidad transmitente no podrá acogerse al diferimiento cuando la adquirente esté exenta de Impuesto sobre Sociedades o esté sometida al régimen de atribución de rentas.
- Cuando la entidad adquirente tenga un tipo de gravamen o un régimen tributario especial distinto del de la transmitente, sí cabrá diferimiento, pero con una futura tributación “desagregada” en esa entidad adquirente cuando ella transmita los elementos previamente adquiridos en la operación de reestructuración, de tal modo, que la parte de ganancia que, en el futuro sea atribuible a antes de su adquisición, tributará al tipo de gravamen y con el régimen de la transmitente, mientras que la parte de plusvalía que se entienda generada a partir de esa fecha, tributará al tipo y régimen de la adquirente.

4.2.2.- Posibilidad de renunciar al régimen de diferimiento

Quien efectúe una transmisión en el ámbito de una de las operaciones de reestructuración podrá renunciar al régimen de diferimiento de las rentas derivadas de la transmisión de todos o parte de los elementos patrimoniales.

Esta renuncia se hará mediante la integración en base imponible de dichas rentas.

4.3.- Valoración fiscal de los bienes adquiridos – Artículo 78

Los bienes y derechos que hayan sido adquiridos en virtud de una operación en cuya transmisión se haya aplicado diferimiento, se valorarán a efectos fiscales, por los mismos valores fiscales que tenían en la entidad transmitente antes de realizar la operación. En estos casos, además se mantendrá la fecha de adquisición de la transmitente.

Sin embargo, en los supuestos en los que se haya renunciado al diferimiento, o éste no sea aplicable, los bienes y derechos adquiridos se valorarán con las reglas del artículo 17 LIS, que supone una actualización de valor hasta mercado.

4.4.- Valoración fiscal de las acciones o participaciones recibidas en contraprestación de la aportación – Artículo 79

Esta regla de valoración es aplicable a las personas físicas o jurídicas que hacen una aportación no dineraria.

Y para esos casos, las acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una aportación no dineraria, se valorarán, a efectos fiscales, de la siguiente forma:

- Si el aportante se acogió a diferimiento, por el mismo valor fiscal que tenían esos elementos aportados, en sede del aportante.
- Si el aportante no se acogió a diferimiento, ya fuera por renuncia o por imposibilidad de hacerlo, las acciones o participaciones se valorarán de acuerdo con las reglas del artículo 17 LIS, y por tanto, a valor de mercado.

4.5.- Régimen fiscal del canje de valores – Artículo 80.

El artículo 80 LIS recoge íntegramente el régimen fiscal del canje de valores, tanto para los socios, como para la sociedad, y tanto en relación a las rentas que se generan (80.1), como a la valoración de las participaciones a efectuar (80.2).

4.5.1.- Rentas que se generan en el canje de valores.

Como regla general, no se integrarán en la base imponible de IS, IRPF ni IRNR, las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión del canje de valores, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- En el caso de los socios que realizan el canje, si residen en España, en otro Estado miembro, o incluso en un tercer país, si, en este último caso, los valores recibidos son de una sociedad residente.
- En el caso de la entidad que adquiere los valores, si es residente o está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE², de fusiones.

4.5.2.- Valoración y fecha de adquisición de los valores recibidos

En cuanto a los valores recibidos por la entidad que interviene en el canje, el artículo 80.2 señala lo siguiente:

- Si las rentas de los socios están sujetas en España, se valorarán por el valor fiscal que tenían en el patrimonio de esos socios que efectúan la aportación, manteniéndose también la fecha de adquisición de los socios aportantes.
- Si las rentas de los socios no están sujetas en España, se valorarán a valor de mercado, tomándose como fecha de adquisición, la de la operación de canje.

Por lo que se refiere a los valores recibidos por los socios, el artículo 80.3, establece estas normas:

- La valoración a efectos fiscales se determinará por la de los valores entregados, aumentado o disminuido en el importe de la compensación complementaria en dinero, entregada o recibida.

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

- La fecha de adquisición de los valores recibidos será la que tenían los valores entregados.

4.6.- Tributación de los socios en las operaciones de fusión y escisión – Artículo 81

La tributación de los socios en las operaciones de fusión y escisión aparece regulada en el artículo 81, de forma muy similar a la contenida en el artículo 80 para los casos de canje de valores, a los que acabamos de referirnos.

De esa regulación, podemos destacar lo siguiente:

4.6.1.- Rentas por la transmisión de valores en la entidad transmitente y recepción de valores en la entidad adquirente

Como regla general, no se integrarán en la base imponible del socio de la entidad transmitente, las rentas que se pongan de manifiesto por la atribución de valores de la adquirente, siempre que el socio sea residente en España, en otro Estado miembro, o incluso en un tercer país, si, en este último caso, los valores recibidos son de una sociedad residente.

4.6.2.- Valoración y fecha de adquisición de los valores recibidos por los socios.

Por lo que se refiere a los valores recibidos por los socios, el artículo 81.2, establece lo siguiente:

- La valoración a efectos fiscales se determinará por la de los valores entregados, aumentado o disminuido en el importe de la compensación complementaria en dinero, entregada o recibida.
- La fecha de adquisición de los valores recibidos será la que tenían los valores entregados.

III.- CLÁUSULA ANTIABUSO: FRAUDE O EVASIÓN, MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS Y VENTAJAS FISCALES

1.- Regulación de la cláusula antiabuso

El régimen fiscal que estamos analizando en el presente trabajo tiene, como ya sabemos, un fundamento de neutralidad que en todas las consultas de la DGT se nos recuerda, al señalar “que la fiscalidad no sea un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos”.

Y para conseguir ese fundamento, otorga la posibilidad de diferimiento de las plusvalías acumuladas que se pondrían de manifiesto, tanto en la transmisión de elementos, como en la transmisión de participaciones por los socios de las entidades transmitentes.

Es por ello que, si la finalidad fuera otra, las operaciones efectuadas no serían merecedoras de ese diferimiento.

Y para conseguir que ello sea así, y que el régimen especial no sea utilizado con fines de mero aprovechamiento fiscal, tanto las Directivas que han regulado este régimen fiscal, como la normativa interna de IS en la que esas Directivas se han transpuesto, recogen una cláusula antiabuso, que así lo establece.

No obstante, esta cláusula, cuya redacción presenta ciertas diferencias entre las Directivas y la norma interna y que además ha cambiado ligeramente a lo largo del tiempo, ha sido objeto de importantes discusiones doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a su alcance y forma de aplicación.

Dadas estas discusiones, vamos a comenzar recogiendo la regulación de la misma, efectuando las siguientes comparaciones:

- Redacción en nuestra normativa de IS, diferenciando a estos efectos, entre:

- la regulación existente en la Ley 43/1995³, artículo 110.2, antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 14/2000⁴, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y
 - redacción existente a partir de esa fecha.
- Directiva actualmente vigente, frente a redacción de la LIS actualmente vigente.

1.1.- Comparación entre redacciones de la normativa de IS

<p>LEY 43/1995⁵, hasta Ley 14/2000⁶ (110.2)</p>	<p>LEY 43/1995, a partir de Ley 14/2000 (110.2) TRLIS⁷ (96.2) LIS (89.2)</p>
<p>2. Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 de esta Ley, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal,</p> <ul style="list-style-type: none"> • se perderá el derecho al régimen establecido en el presente capítulo y • se procederá por la Administración tributaria a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos. 	<p>2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal.</p>

³ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades

⁴ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁵ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁶ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁷ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

	<p>En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación</p> <ul style="list-style-type: none"> • 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.
--	--

Conviene añadir, adicionalmente, que hasta la redacción dada por la Ley 27/2014, aplicable a periodos impositivos iniciados a partir de 1.1.2015, se hacía referencia explícita a la posibilidad de que los interesados formularan consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento del requisito de no tener como principal objetivo el fraude o evasión fiscal, en operaciones concretas, y cuya contestación tendría carácter vinculante para la aplicación del régimen especial de diferimiento.

No obstante, la supresión de esta mención en la actual LIS, no supone ningún cambio a efectos prácticos, puesto que esta posibilidad sigue existiendo, de acuerdo con nuestra normativa tributaria de carácter general.

1.2.- Comparación entre directiva 2009/133/CE y LIS actual

DIRECTIVA 2009/133/CE	LIS
Artículo 15.1.a	Artículo 89.2
<p>1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando un</p> <p>2. a de las operaciones contempladas en</p>	<p>2.- No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo</p>

<p>el artículo 1:</p> <p>a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;</p>	<p>cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal.</p>
<p>el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;</p>	<p>En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación</p> <ul style="list-style-type: none"> • 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.

2.- Aplicación de la cláusula antiabuso

La aplicación de la cláusula antiabuso, cuya regulación acabamos de exponer, plantea diversas cuestiones que básicamente giran en torno a los dos aspectos siguientes:

- Cuándo procede su aplicación
- Cómo debe llevarse a cabo la aplicación de la cláusula antiabuso, desde el punto de vista probatorio.

2.1.- Cuándo procede la aplicación de la cláusula antiabuso

2.1.1.- Fraude o evasión

Procede la aplicación de la cláusula antiabuso, denegando el régimen de diferimiento, cuando el principal objetivo de las operaciones de reestructuración haya sido el fraude o la evasión.

La primera conclusión que se puede extraer de la normativa arriba indicada, en todas sus versiones, es que no procederá aplicar el régimen de diferimiento en la tributación, cuando la operación tenga como principal objetivo el fraude o la evasión.

Esto nos obliga a preguntarnos qué se entiende por fraude o evasión.

Para responder a esta cuestión, conviene tener en cuenta que en nuestra LGT existen diversas figuras antiabuso, y así concretamente:

- Calificación, regulada en el artículo 13, que señala lo siguiente:
 - *“Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.”*
- Conflicto en la aplicación de la norma tributaria, que se tipifica en el artículo 15:
 - *“1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:*
 - *a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.*
 - *b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.*
 - *2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.*

- 3. *En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora.*”
- Simulación, que se recoge en el artículo 16, de esta forma:
 - “1. *En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.*
 - 2. *La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.*
 - 3. *En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente.*”

Pues bien, algunos autores⁸ han considerado que el fraude o evasión al que se refiere la normativa de operaciones de reestructuración debía identificarse con la figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, como heredera del antiguo “fraude de ley tributario”, que se recogía en el artículo 24 de la antigua LGT de 1963.

Esto supondría, además, la necesidad de seguir el procedimiento especial que la norma exige para considerar que ha existido un conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Pero la posición más generalizada actualmente, y que además es la que se deduce de la jurisprudencia mayoritaria, tanto española, como del TJUE, entiende que el fraude o evasión al que se refiere la normativa que analizamos, es mucho más amplio que el conflicto en la aplicación de la normativa tributaria, debiendo identificarse, más bien,

⁸ En línea con lo dicho en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo [recurso 313/2004 (NFJ025984)], Villar Ezcurra, M., “Los efectos en el Derecho español de la doctrina del business purpose y de la noción comunitaria de motivo económico válido”, *Noticias de la UE*, n. 234 (2009), Pág. 119, “considera exigible, para aplicar la cláusula antiabuso, el procedimiento previsto en la Ley General Tributaria para declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria”

con el concepto de abuso de derecho, prohibido por nuestro Código Civil, en el artículo 7, que señala lo siguiente:

- “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*
- 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”*

2.1.2.- Ausencia de motivos económicos válidos

Como hemos visto al recoger la normativa relativa a la cláusula antiabuso, la Ley 14/2000, supuso una modificación de la cláusula antiabuso contenida en la normativa de IS, al añadir un nuevo inciso en el que se señala que “...el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos....”.

Pero ese inciso se redactó de forma un poco distinta a como lo hacía la Directiva, que se limitaba a decir que “...el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos ... puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o evasión fiscal.”.

Es decir, que mientras la norma española alude directamente a la inaplicación del régimen, la Directiva habla de una posible presunción de fraude o evasión. No obstante, como luego explicaremos, esto no tiene por qué suponer una contradicción.

Como consecuencia de todo lo anterior, se suscitaron dudas sobre la relación de ese nuevo segundo párrafo, con el párrafo primero relativo al fraude o evasión, tal y como señala Eduardo Sanz Gadea⁹ en los siguientes términos:

⁹ Sanz Gadea, E., “Medidas antielusión fiscal”, Agencia Estatal de Administración Tributaria, Doc. n. 8/09, págs. 239 y ss.

Tres posturas interpretativas cabe distinguir:

- *El inciso segundo depende del primero, y debe ser entendido en relación con el mismo. El régimen del Capítulo VIII del Título VII no se aplicará cuando la operación se ha realizado para cometer fraude o evasión fiscal, es decir, para infringir una norma tributaria. La ausencia de motivos económicos válidos y la consecución de la ventaja fiscal constituye el hecho base de una presunción de fraude o evasión, admitiéndose prueba en contrario (primera interpretación).*
- *El segundo inciso configura un nuevo supuesto de inaplicación del régimen del Capítulo VIII del Título VII. Este supuesto se produciría cuando la operación no se ha realizado por motivos económicos válidos sino por una motivación exclusivamente fiscal, aunque no se infrinja una norma tributaria, bastando que se hubiere obtenido una ventaja fiscal (segunda interpretación).*
- *El inciso segundo configura un requisito de aplicación del régimen del capítulo VIII del título VII.*

La primera interpretación es la que sostiene la mayoría de la doctrina (véase el trabajo de Carlos Palao Taboada en CEF 62/2002), pero la interpretación administrativa coincide con la segunda. En este sentido el informe de la Dirección General de Tributos de 5 de febrero de 2002, confeccionado a solicitud de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (publicado en Quincena Fiscal, octubre 2002) establece que “... debe interpretarse que el supuesto que desarrolla el segundo párrafo se refiere a la inaplicación de régimen, el cual, además de no aplicarse cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal no se aplicará cuando no existan motivos económicos válidos sino la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, entendida como más favorable que el régimen general...”.

En cualquier caso, y como veremos en el apartado 2.2, al analizar los aspectos probatorios, la jurisprudencia más reciente, basándose en las sentencias del TJUE, viene

exigiendo a la Administración tributaria, para inaplicar el régimen, un inicio de prueba de la inexistencia de motivos económicos válidos y de meras finalidades fiscales, pero dando la oportunidad a los obligados tributarios, de que acrediten razones económicas que prevalezcan sobre el objetivo fiscal, pudiendo ser estas razones muy variadas, siendo la racionalización o reestructuración, un ejemplo de esas razones económicas.

Finalmente conviene aclarar que, **para saber cuándo estamos ante motivos económicos** válidos, podemos acudir a los criterios recogidos por la DGT en sus consultas, aunque aclarando que la delimitación que en las mismas se hace, es fundamentalmente teórica, al estar basada en las manifestaciones del propio obligado tributario consultante, que, caso de no ser consideradas ciertas en una comprobación inspectora, determinarían unas conclusiones distintas, tal y como se reconoce en todas las consultas de la DGT, en un párrafo en el que se indica lo siguiente:

“La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por el consultante, sin tener en cuenta otras circunstancias no mencionadas, que pudieran tener relevancia en la determinación del propósito principal de la operación proyectada, de tal modo que podrían alterar el juicio de la misma, lo que podrá ser objeto de comprobación administrativa a la vista de la totalidad de las circunstancias previas, simultáneas y posteriores concurrentes en la operación realizada”¹⁰.

Pero una vez aclarado esto, podemos considerar motivos económicos válidos los que se señalan, por ejemplo, en las siguientes consultas de la DGT:

- Consulta vinculante V0243-18 de la Dirección General de Tributos, de 1 de febrero de 2018: *“obtener economías de escala, ahorro de importantes costes, mejora significativa de la solvencia financiera de la entidad, mantener el grupo familiar agrupado”* y *“mantener el patrimonio unificado ya que los futuros herederos son los mismos, centralizar la planificación y toma de decisiones”*.

¹⁰ Consulta Vinculante V1131-18 de la Dirección General de Tributos de 30 de abril de 2018, referente a los artículos 76.4, 87.2 y 89.2 de la LIS.

- Consulta Vinculante V0569-18 de la Dirección General de Tributos, de 28 de febrero de 2018: *“facilitar la expansión de las diferentes actividades desarrolladas por el grupo”, “conseguir una dirección y gestión unificada, simplificada y centralizada de la inversión en el conjunto de empresas, favoreciendo la planificación y centralización de la toma de decisiones inherentes a la tenencia de las participaciones”, “acometer nuevas inversiones empresariales desde una sociedad cabecera”, “iniciar nuevas líneas de negocio para expandir el grupo”, “optimizar la situación bancaria y financiera y favorecer la mejora de la financiación de las nuevas inversiones”, “establecer una sociedad donde se aglutine la prestación de servicios centrales”, “acogimiento al Régimen de consolidación de servicios centrales”.*
- Consulta Vinculante V1133-18 de la Dirección General de Tributos, de 30 de abril de 2018: *“centralizar la planificación y la toma de decisiones que incidan en el mejor desarrollo de las actividades y controlar su gestión, profesionalizar las líneas de negocio, simplificar la gestión de las sociedades evitando la duplicidad de costes de administración y gestión operativa de las compañías”.*

2.1.3.- Presencia de una ventaja fiscal.

De acuerdo con lo indicado en el artículo 89.2 LIS, el régimen de diferimiento no se aplicará cuando la operación realizada se efectúe con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, puesto que ésta no es suficiente como motivo económico válido que permita esa aplicación.

No obstante, la existencia de una ventaja fiscal no tiene por qué impedir la aplicación del régimen de diferimiento, cuando la misma concorra con motivos económicos válidos.

Y aclarado esto, podríamos preguntarnos qué tipo de ventaja fiscal es la que, en ausencia de motivos económicos válidos, provocaría la aplicación de la cláusula

antiabuso y por tanto la inaplicación del régimen. Pues bien, creemos que esa ventaja fiscal¹¹:

- No debe consistir en el mero diferimiento de las plusvalías, puesto que, para conseguir ese diferimiento, bastaría con no realizar la reestructuración.
- Por tanto, cuando el artículo 96.2 se refiere a la ventaja fiscal, debe referirse a otro tipo de beneficio fiscal que no se conseguiría en ausencia de la reestructuración, como por ejemplo el aprovechamiento de bases imponibles negativas u otros incentivos fiscales que, de lo contrario, se desaprovecharían.

2.1.4.- Momento en que hay que valorar el posible fraude o evasión, o la ausencia de motivos económicos válidos y la presencia de una ventaja fiscal.

El análisis de las circunstancias anteriormente presentadas, debe hacerse teniendo en cuenta los hechos anteriores, coetáneos y posteriores a la realización de las operaciones de reestructuración, puesto que serán elementos decisivos para valorar los verdaderos motivos que explican su realización.

Así se pone de manifiesto tanto en las STJUE, como en las STS y en las consultas de la DGT, tal y como vamos a ver a continuación:

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
 - STJUE de 17 de julio de 1997, C-28/95 (NFJ005725), asunto Leur-Bloem, donde se exige considerar “las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores, porque, en otro caso, no se estaría efectuando un verdadero examen global de dicha operación, como demanda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. De esta forma se pretende evitar que la operación de reestructuración objeto del régimen de diferimiento, se acompañe de actuaciones concatenadas con las cuales se pretenda producir un resultado global que desvirtúe el fin propio de la aplicación del régimen,

¹¹ García Berro, F., “La cláusula antiabuso en el régimen de neutralidad y pautas para su aplicación tras la intervención del Tribunal Supremo”, *Revista de Contabilidad y Tributación del CEF*, n. 347, págs. 17-19.

permitiendo obtener ventajas fiscales que no se hubieran logrado sin la aplicación de dicho régimen.

- Tribunal Supremo

- STS de 26 de mayo de 2015, la cual versa sobre la operación de escisión que había supuesto una separación del patrimonio inmobiliario para su inmediata transmisión, produciendo una menor tributación que constituye el objetivo principal de la operación.
- STS de 19 de febrero de 2015, donde el tribunal se decantó por una inaplicación del régimen de diferimiento en la operación de aportación no dineraria, ya que se determinó una efímera estancia de los inmuebles que habían sido aportados y una elusión del requisito de constitución de rama de actividad del patrimonio segregado.
- STS de 26 de abril de 2012, se opta por la inaplicación del régimen de diferimiento ya que la compra de participaciones de la sociedad absorbida se había producido tras la operación de fusión en cuestión, con la única finalidad de que la sociedad absorbente obtuviera la titularidad del único inmueble que constituía el patrimonio de aquella.
- STS de 15 de abril de 2013, en este caso el Tribunal Supremo también optó por la inaplicación del régimen puesto que las actuaciones posteriores a la escisión supusieron una transmisión de participaciones a la sociedad adquirente de un inmueble sin tributación alguna.
- STS de 23 de enero de 2014, en consonancia con las sentencias anteriores, en esta también se rechaza la existencia de motivo económico válido para la aplicación del régimen de diferimiento, ya que la escisión se había realizado con la finalidad de separar los inmuebles que integraban el patrimonio para su posterior venta.
- STS de 4 de julio de 2014, rechaza la aplicación del régimen ya que la fusión realizada venía acompañada de otras actuaciones que tenían como

finalidad principal de disfrutar de beneficios fiscales y no la de reestructuración social.

- STS de 8 de marzo de 2012, donde fallan a favor de la exclusión de la aplicación del régimen basada en el análisis de las circunstancias posteriores a la escisión.
 - STS de 24 de enero de 2013, donde se reitera la doctrina relativa al concepto de motivo económico válido y se establece que las operaciones en cuestión están concatenadas entre sí y se rigen por una finalidad fiscal y no por motivos económicos válidos.
- Dirección General de Tributos
 - Resolución de la DGT V2340/2006 de 23 de noviembre. En esta resolución, se establece que la venta del negocio segregado tras una operación de escisión desvirtúa el motivo económico válido inicial, por lo que quedaría excluida de la aplicación del régimen de diferimiento.
 - Resolución de la DGT V0063/2004 de 10 de junio. En este caso, también se rechaza como motivo económico válido la escisión llevada a cabo a causa de discrepancias entre los socios en la que los patrimonios segregados no constituyen ramas de actividad, eludiendo el requisito fundamental para la aplicación del régimen en este tipo de supuestos.

2.2.- Cómo debe aplicarse la cláusula antiabuso, desde el punto de vista probatorio

2.2.1.- Aclaración previa

La aplicación de la cláusula antiabuso, al llevar aparejada la inaplicación del régimen de neutralidad o diferimiento, supone una restricción de derechos para el obligado tributario que haya pretendido la aplicación de ese régimen, y en consecuencia, esa cláusula no puede efectuarse automáticamente por la Administración tributaria.

2.2.2.- Secuencia probatoria

En ese sentido, la secuencia probatoria que deberá seguirse, se basa en los siguientes aspectos:

En primer lugar, y una vez que el obligado tributario ha declarado acogiendo a ese diferimiento, hay que partir de las reglas de prueba contenidas con carácter en la LGT, y especialmente en los siguientes artículos:

- 108, relativo a presunciones tributarias, señala en su apartado 4, lo siguiente:
 - *“Los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios se presumen ciertos para ellos y sólo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario.”*
- 105, se ocupa de la carga de la prueba, indicando:
 - *“1. En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo.*
 - *2. Los obligados tributarios cumplirán su deber de probar si designan de modo concreto los elementos de prueba en poder de la Administración tributaria.”*
- 106, recoge las normas sobre medios y valoración de la prueba, indicando en su primer apartado, que:
 - *“En los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de prueba se contienen en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que la ley establezca otra cosa.”*

Por tanto, para inaplicar el diferimiento al que el obligado tributario se haya acogido, es la Administración quien tiene la carga probatoria inicial, al presumirse cierta la declaración del obligado tributario.

Concretamente, lo que la Administración tendrá que probar, es que no existen motivos económicos válidos, sino exclusivamente fiscales, o que, existiendo algún motivo económico válido, éste es claramente irrelevante si se compara con la ventaja fiscal que la operación de reestructuración supone, habiendo conseguido el obligado tributario un ahorro fiscal que, en ausencia de esa operación, no se habría conseguido.

En segundo lugar, y ante lo considerado por la Administración tributaria, el obligado tributario todavía podrá probar que, en contra de la opinión de la Administración, sí ha habido motivos económicos válidos, como propósito predominante.

A continuación, si los argumentos del obligado tributario no convencieran a la Administración, ésta procederá a dictar una liquidación administrativa eliminándole la ventaja fiscal obtenida por esa aplicación del régimen de diferimiento que ella considera incorrecta.

Y ante ello, el obligado tributario podrá impugnar la liquidación que se le haya efectuado, primero en vía administrativa y después en vía contencioso administrativa.

2.2.3.- Criterio de la Jurisprudencia del TJUE

El criterio del TJUE sobre cómo aplicar la cláusula antiabuso, aparece reflejada en varias sentencias, entre las que podemos destacar Foggia y Euro Park Service, aclarando que, aunque ambas se refieren a casos juzgados a la luz de la Directiva anterior (90/434), en lugar de a la Directiva actual (133/2009), ello no supone ningún problema, al estar redactado el artículo 11.1 de la Directiva de 1990 aplicado en esas sentencias, de forma idéntica al artículo 15.1 de la Directiva de 2009.

2.2.3.1.- “Sentencia Foggia.”

La sentencia Foggia-SGPS¹², ha sido objeto de análisis en un artículo de José Manuel Calderón Carrero¹³, y en el que nos basamos para exponer a continuación el criterio del TJUE.

La sentencia citada, se refiere a una operación de fusión realizada por una entidad portuguesa (Foggia) cuya actividad era la gestión de participaciones y que absorbió a tres sociedades del mismo grupo que tenían importantes pérdidas fiscales que Foggia pretendía compensar con sus beneficios. El Estado portugués consideró que la reducción

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2011, TJCE\2011\349. Asunto C-126/10. Caso Foggia-SGPS contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais.

¹³ Calderón Carrero. J.M., “Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones: ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?”, *Revista de Contabilidad y Tributación del CEF*, n. 347.

de costes administrativos resultaba marginal en relación con la ventaja fiscal derivada de las bases imponibles a compensar. Ante ello, Foggia recurrió la resolución, hasta que, al llegar al Tribunal Supremo, éste planteó cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 11.1. de la Directiva 90/434, arriba citada. Finalmente, el TJUE confirmó la posición del Estado portugués,

En esa Sentencia, el TJUE señala, entre otras cosas, las siguientes afirmaciones relativas a la inaplicación del régimen de diferimiento y a los aspectos probatorios para esa inaplicación:

1º- Por lo que se refiere a las razones para inaplicar el régimen de diferimiento:

- La cláusula antiabuso sólo es aplicable cuando el principal objetivo de la operación sea el fraude o la evasión.
- El hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, puede constituir una presunción de que esa operación tiene objetivo de fraude o evasión.
- El concepto de motivos económicos válidos va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal.
- Cuando se pruebe que la operación tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal, cabe presumir la finalidad de fraude o evasión y por tanto inaplicar la Directiva de fusiones.

2º- Por lo que se refiere a la cuestión probatoria:

- Para comprobar si una operación persigue un objetivo puramente fiscal, no cabe aplicar criterios generales predeterminados, sino que debe hacerse un examen caso a caso.

Es decir que la exclusión del régimen de diferimiento no puede basarse en meras presunciones, ni tampoco en que el obligado tributario no haya probado motivos económicos válidos,

- Para determinar si concurren, o no, motivos económicos válidos, es necesario efectuar un examen global de la operación, y no basarse en elementos aislados.

2.2.3.2.- “Sentencia Euro Park Service”

La Sentencia Euro Park Service¹⁴ 14-16 ha sido comentada, entre otros, por el artículo de Eduardo Sanz Gadea¹⁵, en el que se indica que la teoría del TJUE sobre la cláusula antiabuso del artículo 11.1 de la Directiva 90/434, puede resumirse de la siguiente forma:

- *“El artículo 11.1 no establece una norma antiabuso armonizada, sino que habilita a los Estados miembros, respetando el principio de proporcionalidad, a establecer las normas precisas para evitar el fraude o la evasión fiscal en relación con las operaciones cubiertas por la Directiva 90/434.*
- *Cuando la norma interna establezca un procedimiento previo para acceder a los beneficios fiscales de la Directiva, dicho procedimiento debe respetar los principios de equivalencia (trato equivalente de situaciones internas y transfronterizas) y efectividad (no hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión).*
- *Respecto del principio de efectividad, ha de prestarse especial atención al cumplimiento del principio de seguridad jurídica, lo que implica que las normas procedimentales para la aplicación de los derechos nacidos de la Directiva 90/434, han de ser suficientemente precisas, claras y previsibles.*
- *Corresponde a la Administración tributaria aportar la prueba, cuando menos indiciaria, de fraude o evasión fiscal, para lo cual puede apoyarse en la inexistencia de motivos económicos válidos, que también deberá probar, sin que, por lo tanto, corresponda al contribuyente probar la existencia de dichos motivos económicos válidos, a los efectos de disfrutar del régimen de diferimiento.”*

Y a efectos de la interpretación que debe darse a lo indicado en el actual artículo 89.2 de nuestra LIS, cuando señala que “el régimen de diferimiento no se aplicará cuando la

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 8 de marzo de 2017, TJCE 2017/73, sobre la Directiva de Fusiones (LCEur 1990, 920). Asunto C-14/16. Caso Euro Park Service contra Ministre des Finances et des Comptes publics.

¹⁵ Sanz Gadea, E., “Interpretación de la cláusula antiabuso”, *Revista de liderazgo*, Universidad de Loyola.

operación no se efectúe por motivos económicos válidos”, Eduardo Sanz Gadea señala que, tras la Sentencia Euro Park Service, debe quedar claro lo siguiente:

- *“Que corresponde a la Administración tributaria, y no al contribuyente, probar la inexistencia de motivos económicos válidos.*
- *Que esa prueba cobra sentido en el contexto, más amplio, de la existencia de indicios de fraude o evasión fiscal, igualmente probados por la Administración tributaria en el curso de un procedimiento de inspección tributaria.”*

2.2.4.- Compatibilidad de la normativa española con la Directiva comunitaria.

Como vimos al empezar este apartado, la regulación de la cláusula antiabuso no es totalmente idéntica en la LIS y en la Directiva comunitaria.

Así concretamente, mientras la Directiva comunitaria contiene una presunción, la LIS contiene una norma que parece ser más imperativa, tal y como vemos a continuación:

<p>El hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;</p>	<p>En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación</p> <ul style="list-style-type: none">• 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.
---	--

No obstante, y a pesar de la distinta redacción, cabe entender que ambas redacciones son compatibles, si partimos de la idea de que, para afirmar que la única finalidad ha sido la de conseguir una ventaja fiscal, se ha tenido que desarrollar una carga probatoria que así lo determine, excluyendo motivos económicos válidos.

2.3.- Consecuencias de la aplicación de la cláusula antiabuso: inaplicación total o parcial del régimen de diferimiento

El artículo 89.2 de la LIS, dedicado como hemos visto, a la regulación de la cláusula antiabuso, mantuvo la redacción que hasta ese momento se recogía en el TRLIS, aunque añadiendo un segundo párrafo en el que se señala lo siguiente:

“Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.”

Este nuevo párrafo se inspira en lo indicado en la Directiva 2009/133/CE del Consejo, y concretamente en el primer párrafo del artículo 15.1, cuando hace esta indicación:

“Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas”

La introducción de ese nuevo párrafo en el artículo 89.2 de la LIS, se fundamenta en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2014, de la siguiente forma:

“Se regula expresamente la inaplicación parcial del régimen y la circunscripción de las regularizaciones que pudieran efectuarse al ámbito de la ventaja fiscal obtenida en este tipo de operaciones.”

Como vemos por esta redacción, el legislador aclara que no se trata de una verdadera innovación, sino más bien de una regulación expresa de algo que ya antes debiera entenderse así.

Eso concuerda con lo recogido en un antiguo informe de la DGT de 14.10.2005, que ya se había decantado por esa misma solución con la norma anterior, a pesar de que en la misma no se aludiera a la inaplicación parcial.

Y así, la DGT señalaba que no tenía sentido exigir a la sociedad que había participado en la operación societaria toda la renta puesta de manifiesto en esa operación, siempre

que la ventaja fiscal que se hubiera obtenida sin verdadera motivación económica, fuera identificable.

Y en igual sentido se pronunció la STS de 18.11.2013, dictada frente al recurso 654/2012, en la que se recogía el pronunciamiento que a continuación destacamos:

“...nada impide, efectivamente, la inaplicación parcial del repetido régimen especial, ni de la letra ni del espíritu de la Directiva. Aun más, lo impone la operatividad del principio de proporcionalidad, como subrayó el Tribunal de Justicia en la sentencia Leur-Bloem y admite la Dirección General de Tributos.”

Por tanto, en caso de una comprobación inspectora, cuando se considere que la operación se efectuó con fines de fraude o evasión, procederá eliminar las ventajas fiscales improcedentes, en su totalidad, o parcialmente, según corresponda.

IV.- ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS DE EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN: CRITERIOS ADMINISTRATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

Como ya dijimos en la introducción, dedicaremos este tercer bloque a analizar dos sentencias donde se niega el régimen de diferimiento, bien por incumplimiento de los requisitos sobre el ámbito de aplicación, es decir, las definiciones establecidas en la LIS, bien por existir un objetivo de fraude o evasión fiscal.

En relación a la primera sentencia que analizaremos, la STS 5561/2016¹⁶, el Tribunal Supremo falla a favor de la Agencia Tributaria en relación a las cuestiones planteadas, y más concretamente, afirmando que no existe rama de actividad ni motivos económicos válidos que justifiquen la escisión parcial llevada a cabo por PAMISIL S.L.

Antes de analizar el contenido de la sentencia, conviene situarla espacial y temporalmente:

- Liquidación y sanción por acuerdo del Inspector Regional el 27 de abril de 2006. Ante ellos, se interponen reclamaciones económico administrativas ante el Tribunal Económico Administrativo Regional (en adelante, “TEAR”) de la Comunidad Valenciana, que las desestima por resolución de 29 de enero de 2010.
- Contra la resolución del TEAR, PAMISIL SL interpone recurso de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo (TEAC), que fue estimado en parte en resolución de 26 de abril de 2012.
- Contra la resolución del TEAC se promovió recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, quien lo desestima en sentencia de 2 de julio de 2015.
- Finalmente, nos encontramos ante la sentencia que ocupa este presente caso, procedente del recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo relativo a la sentencia de la Audiencia Nacional.

¹⁶ Sentencia 5561/2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 22 de diciembre de 2016. Número de recurso 2804/2015. Ponente: Juan Gonzalo Martínez Mico.

La presente sentencia cuenta con cinco motivos de casación, pero nosotros, como dijimos anteriormente, nos centraremos en los relativos al régimen fiscal especial que se deniega por las siguientes razones.

PAMISIL SL, es una entidad que lleva a cabo una escisión parcial y que por la misma, se acoge al régimen especial de diferimiento tributario del Capítulo VIII de la Ley 43/95, el cual la Inspección considera inaplicable porque los patrimonios segregados no constituían ramas de actividad y por incumplirse la regla de la proporcionalidad en la atribución de las participaciones de las beneficiarias a los socios de la escindida y en segundo lugar por no tener por finalidad motivos económicos válidos.

En cuanto al primer motivo, cabe decir que se entiende por rama de actividad *“el conjunto de elementos patrimoniales que constituyan una unidad económica determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”*¹⁷. Además de la propia ley, la jurisprudencia estudia este concepto, estableciendo una serie de requisitos para poder afirmar la existencia de rama de actividad, como que ha de tratarse de un conjunto de elementos patrimoniales, que formen una unidad económica coherente, autónoma e independiente, capaz de funcionar por sus propios medios, y que dicha rama exista cuando se realiza la aportación y que la sociedad que reciba los bienes desarrolle una actividad empresarial¹⁸.

Teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente sobre el concepto de rama de actividad, el Tribunal Supremo llega a la conclusión que para que una escisión parcial, como es la del presente caso, pueda acogerse al régimen especial, los elementos transmitidos deben constituir rama de actividad en sede del transmitente siendo identificados como afectos y necesario para el desarrollo de la actividad. Ante la falta de pruebas existente de la recurrente, se declara que la actividad de PAMISIL SL es única y, en consecuencia, no existen las ramas de actividad necesarias para que la sociedad pueda acogerse al régimen fiscal de diferimiento.

¹⁷ Artículo 97.4 de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades.

¹⁸ Requisitos establecidos en sentencias como la de 29 de octubre de 2009 (casación 7162/2004), Sentencia de 21 de junio de 2010 (casación 5045/2005), Sentencia de 15 de enero de 2002, Andersen og Jensen (asunto C.43/00).

El segundo motivo de desestimación del recurso, es relativo a los motivos económicos válidos, estableciéndose que no se considera necesario que la Administración pruebe la existencia de fraude o evasión fiscal, bastando con que se aprecie la no existencia de motivo económico válido que justifique la operación.

El segundo supuesto que analizaremos, es el presentado en la STS 4504/2017¹⁹, en el que el Tribunal Supremo vuelve a fallar a favor de la Administración Tributaria. En este caso, también se presentan una serie de motivos por los cuales el Tribunal desestima el recurso de casación presentado, entre los cuales nos centraremos en el estudio de la falta de motivos económicos válidos.

En relación a la situación espacial y temporal, la secuencia de hechos que se produce es la siguiente:

- Cargill SKW BIOSYSTEMS SA interpone recurso de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo (TEAC), que fue desestimado en la resolución de 24 de abril de 2013.
- Contra la resolución del TEAC se promovió recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que dicta fallo desestimatorio en la sentencia de 19 de mayo de 2016.
- Finalmente, nos encontramos ante la sentencia que analizaremos, procedente del recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo relativo a la sentencia de la Audiencia Nacional.

SKW BIOSYSTEMS SA lleva a cabo una fusión por absorción y una escisión de sus tres ramas de actividad. El análisis que a nosotros nos compete es relativo a la escisión, sobre el cual la Inspección considera que la finalidad de dicha operación no era mejorar la gestión de la actividad, lo cual supondría un motivo económico válido, sino facilitar la transmisión del bloque patrimonial evitándose los costes fiscales, ya que el mismo día de la escisión se enajena la actividad de las gelatinas a través de la venta de sus acciones, por parte de su socio no residente con nula tributación en territorio español.

¹⁹ Sentencia 4505/2017 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 4 de diciembre de 2017. Número de recurso 2668/2016. Ponente: Jesús Cudero Blas.

Además, cabe hacer mención a otra cuestión planteada en la sentencia relativa a la valoración de las operaciones. Como ya hemos ido viendo a lo largo del trabajo, las operaciones societarias que no gozan de la posibilidad de aplicación del régimen de diferimiento se valorarán por su valor de mercado, según lo establecido el artículo 15 del TRLIS y el 17 de la LIS, sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento especial, a diferencia de lo que ocurre con las operaciones vinculadas, donde también se valorarán a valor de mercado, según lo establecido en el artículo 16 del TRLIS y el 18 de la LIS, pero, en este caso, deberá llevar a cabo un procedimiento especial de valoración previo. Es por ello, que la recurrente expone como motivo de casación que la operación llevada a cabo se trata de una operación vinculada por lo que debería llevarse a cabo un procedimiento especial que no se ha producido. Respecto a esto, el Tribunal establece que al no poderse aplicar el régimen de diferimiento la operación de escisión deberá estar a lo dispuesto por el artículo 15 del TRLIS y 17 de la LIS, los cuales no exigen tal procedimiento previo.

V. CONCLUSIONES

Por último, podemos concluir diciendo que tras haber hecho un profundo análisis del régimen especial de diferimiento, desde una forma tanto teórica como práctica, hemos conseguido dar respuesta a los objetivos que habíamos establecido al inicio del trabajo.

De esta forma hemos conseguido aclarar la regulación relativa al régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración, poniendo en relación la normativa contable mediante la Ley 3/2009, la normativa mercantil presentada en el Plan General de Contabilidad, y la normativa fiscal donde prima la Ley sobre el Impuesto de Sociedades.

Hemos delimitado el ámbito de aplicación de este régimen de diferimiento cuyo fundamento es la neutralidad, de tal modo que la normativa tributaria no sea ni un incentivo ni un obstáculo a las operaciones con razón económica válida.

Por otro lado, hemos podido establecer las reglas básicas de funcionamiento de este régimen inspirado en el diferimiento de las plusvalías latentes y la correlativa valoración de los elementos en el adquirente al valor que tenían en el transmitente.

Finalmente, hemos hecho un análisis sobre la naturaleza, el funcionamiento y las consecuencias de la cláusula antiabuso que se recoge en el propio régimen especial para evitar que al amparo de este régimen de diferimiento se intente abusar del mismo con una finalidad exclusivamente fiscal.

V. BIBLIOGRAFÍA

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.

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.

Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

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

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

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.

Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Ley 25/2011, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de fusiones de Empresas.

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

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

2. Jurisprudencia

Consulta Vinculante V1131-18 de la Dirección General de Tributos de 30 de abril de 2018.

Consulta Vinculante V1133-18 de la Dirección General de Tributos, de 30 de abril de 2018.

Consulta Vinculante V0569-18 de la Dirección General de Tributos, de 28 de febrero de 2018.

Consulta vinculante V0243-18 de la Dirección General de Tributos, de 1 de febrero de 2018.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 8 de marzo de 2017, TJCE 2017\73. Asunto C-14/16. Caso Euro Park Service contra Ministre des Finances et des Comptes publics.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2011, TJCE\2011\349. Asunto C-126/10. Caso Foggia-SGPS contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais.

Sentencia 4505/2017 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 4 de diciembre de 2017. Número de recurso 2668/2016. Ponente: Jesús Cudero Blas.

Sentencia 5561/2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 22 de diciembre de 2016. Número de recurso 2804/2015. Ponente: Juan Gonzalo Martínez Mico.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 1997. Asunto C-28/95 (NFJ005725). Caso Leur-Bloem.

Resolución de la DGT V2340/2006 de 23 de noviembre.

Resolución de la DGT V0063/2004 de 10 de junio.

3. Obras doctrinales

Calderón Carrero, J.M., “Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones: ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?”, *Revista de Contabilidad y Tributación del CEF*, n. 347.

García Berro, F., “La cláusula antiabuso en el régimen de neutralidad y pautas para su aplicación tras la intervención del Tribunal Supremo”, *Revista de Contabilidad y Tributación del CEF*, n. 347, págs. 17-19.

Sanz Gadea, E., “Interpretación de la cláusula antiabuso”, *Revista de liderazgo, Universidad de Loyola* (disponible en <http://www.loyolaandnews.es/masteresoficialesloyola/interpretacion-de-la-clausula-antiabuso-en-materia-de-fusiones-y-operaciones-asimiladas/>. Última consulta 25/05/2018).

Sanz Gadea, E., “Medidas antielusión fiscal”, Agencia Estatal de Administración Tributaria, Doc. n. 8/09, págs. 239 y ss.

Vilches de Santos, D., "Pautas a seguir en aras de una debida aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", *Revista de Contabilidad y Tributación del CEF*, n. 394.

Villar Ezcurra, M., “Los efectos en el Derecho español de la doctrina del business purpose y de la noción comunitaria de motivo económico válido”, *Noticias de la UE*, n. 234 (2009), Pág. 119.