



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Facultad de Derecho

**LA ELUSIÓN FISCAL EN EL RÉGIMEN
ESPECIAL DE FUSIONES DEL IMPUESTO
DE SOCIEDADES**

ANÁLISIS DE LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

Autor: María Huertas Piña

5º E3 B

Área de Derecho Tributario y Financiero

Tutor: Manuel Enrique de Vicente-Tutor Rodríguez

Madrid

Abril 2023

RESUMEN

Este trabajo trata de analizar en detalle el tratamiento fiscal que las legislaciones, tanto nacional como europea, otorgan a las operaciones de reestructuración de fusiones entre las empresas. Para ello, se estudia tanto la normativa nacional, en concreto, la evolución de la misma hasta llegar a la actual Ley del Impuesto sobre Sociedades, y la europea con el estudio de la Directiva 2009/133/CEE. Las fusiones están sujetas a un régimen fiscal especial para facilitar su realización y crear, de esta forma, más grupos empresariales intracomunitarios. Así, ambas legislaciones introducen la necesidad de crear una cláusula antiabuso que impida la ejecución de tales operaciones para obtener una ventaja fiscal. Para ello, ha de existir un motivo económico válido que justifique la realización de las operaciones de reestructuración. Sin embargo, ninguna de las normativas define de manera determinada ni específica qué ha de entenderse por tal motivo económico válido. Por tanto, el objeto principal del trabajo se centra en conocer y analizar la interpretación y delimitación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza sobre dicho concepto y cómo han ido evolucionando sus diferentes pronunciamientos al respecto.

Palabras clave: fusión, motivo económico válido, ventaja fiscal, cláusula antiabuso, elusión fiscal, jurisprudencia europea.

ABSTRACT

This paper tries to analyze in detail the tax treatment that both national and European legislations grant to the restructuring operations of mergers between companies. For this purpose, both the national legislation is studied, in particular, its evolution up to the current Corporate Income Tax Law, and the European legislation with the study of Directive 2009/133/EEC. Mergers are subject to a special tax regime to facilitate their implementation and thus create more intra-Community business groups. Thus, both legislations introduce the need to create an anti-abuse clause that prevents the execution of such operations in order to obtain a tax advantage. For this purpose, there must be a valid economic reason to justify the restructuring operations. However, none of the regulations defines in a determined or specific manner what is to be understood by such a valid economic reason. Therefore, the main purpose of this paper is focused on knowing and analyzing the interpretation and delimitation that the Court of Justice of the European

Union has made on this concept and how its different pronouncements on the matter have evolved.

Key words: merger, valid economic reason, tax advantage, anti-abuse clause, tax avoidance, European case law.

ÍNDICE DE CONTENIDO

<i>RESUMEN</i>	1
<i>Palabras clave</i>	1
<i>ABSTRACT</i>	1
<i>Key words</i>	2
<i>ÍNDICE DE ABREVIATURAS</i>	4
<i>1. INTRODUCCIÓN</i>	5
<i>2. OPERACIÓN DE FUSIÓN</i>	7
2.1. Concepto de fusión.....	7
2.2. Regulación	8
2.3. Fundamento	9
<i>3. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS</i>	10
3.1. Marco normativo	11
3.1.1. Regulación europea	11
3.1.2. Regulación estatal.....	15
3.2. Incumplimiento.....	19
<i>4. CLÁUSULA ANTIABUSO</i>	19
4.1. Concepto de ventaja fiscal	21
4.2. Jurisprudencia europea	23
<i>5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL</i>	41
<i>6. CONCLUSIONES</i>	43
<i>7. BIBLIOGRAFÍA</i>	46

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

DGT – Dirección General del Tributo

EEE – Espacio Económico Europeo

IVA – Impuesto sobre el Valor Añadido

LGT – Ley General Tributaria

LIS – Ley del Impuesto sobre Sociedades

LME – Ley de Modificaciones Estructurales

LSRL – Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

RDLSA – Real Decreto-Legislativo de la Ley de Sociedades Anónimas

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Las empresas y, más concretamente, los grandes grupos de empresas tanto nacionales como internacionales buscan ser más competitivos en el mercado, minorar riesgos, obtener beneficios fiscales y económicos, etc.¹ Para ello, realizan diferentes operaciones y toman decisiones que favorezcan la consecución de sus respectivos objetivos. Una de las operaciones que más realizan las grandes corporaciones es la fusión, la cual les permite ampliar su tamaño y productividad, así como la mejora de su estructuración.

Las operaciones de fusión están sujetas a una legislación fiscal especial y compleja, tanto en el ámbito nacional como en el comunitario. Es la legislación europea la que ha promovido un tratamiento fiscal diferente para las operaciones de esta índole con el fin de crear un verdadero mercado interior y facilitar la creación de grandes empresas comunitarias. De esta forma, la toma de decisiones empresariales no han de verse afectadas por las diferentes legislaciones de los Estados miembros, pues puede provocar diferencias y discriminaciones entre los mismos². Con la Directiva 2009/133/CEE se quiere conseguir facilitar a las empresas tomar decisiones tan importantes como puede ser una fusión dándoles una legislación fiscal neutral mediante el diferimiento de la carga fiscal, de modo que tampoco suponga un incentivo para las empresas.

En contraparte, al existir una normativa que es fiscalmente positiva para los contribuyentes, la realización de fusiones puede estar fundamentada en motivos puramente elusivos y fraudulentos. Así, la legislación interna y comunitaria establecen una cláusula antiabuso para evitar comportamientos que conlleven a un fraude o evasión fiscal. De esta forma, se consigue que las distintas corporaciones justifiquen las operaciones de fusión que realicen en verdaderos motivos económicos, como la reestructuración, aumento de productividad, etc.

¹ McCann, J.E. y Gilkey, R. *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Díaz de Santos S.A., 1990, p. 25.

² Primer Considerando de 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 canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

Sin embargo, la normativa no ha establecido un significado de qué se considera un motivo económico válido, por lo que se crea cierta inseguridad jurídica y más posibilidades de existir resultados de fraude o evasión fiscal. Por este motivo, la jurisprudencia europea ha sido la encargada de delimitar dicho concepto y de ofrecer criterios e interpretación a los diferentes Estados miembros, pues tal y como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la apreciación de motivos económicos válidos se trata de un “concepto jurídico indeterminado³”. Así, este trabajo explicará y analizará los distintos pronunciamientos por parte del Tribunal europeo y cómo ha ido evolucionando.

Con el fin de lograr el estudio de la jurisprudencia europea e intentar delimitar el concepto de motivos económicos válidos, se ha recurrido al estudio de las sentencias más relevantes del Tribunal de Justicia a lo largo del tiempo.

Así las cosas, este trabajo expondrá, en primer lugar, el concepto de operación de fusión, en qué consiste y sus clases, así como los requisitos necesarios para que pueda llevarse a cabo. A continuación, se explicará la necesidad de que exista un motivo económico válido en las operaciones y las legislaciones tanto europea como nacional al respecto. Seguidamente, se detallará en qué consiste la cláusula antiabuso contenida tanto en la Directiva como en la normativa española para impedir el fraude o evasión fiscal. Después, es interesante conocer qué se entiende por ventaja fiscal y, finalmente, se procederá al estudio detallado y en profundidad de la jurisprudencia europea sobre la apreciación de motivos económicos válidos.

³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2017. Sala de lo Contencioso. Núm. Rec. 435/2016. Núm. Res. 330/2017.

2. OPERACIÓN DE FUSIÓN

Conocemos a la fusión como la integración dos o más sociedades mercantiles en una sola, ya sea nueva o una de las que participen en la operación. Se realiza a través de la transferencia de sus respectivos patrimonios de manera que los socios de las sociedades que se integran obtienen las acciones o participaciones de la nueva o resultante⁴. Por lo tanto, constituye una modificación estructural.

En este apartado se verá en más profundidad en qué consiste una fusión, su regulación y qué requisitos son necesarios para poder llevar a cabo una operación de esta índole y el fundamento y razón de ser que guardan las fusiones, es decir, entender por qué y para qué las sociedades se integran entre sí y qué consecuencias conlleva.

2.1. Concepto de fusión

La fusión es, por tanto, aquella operación en la que dos o más sociedades se integran en una sola. Aquella sociedad resultante es conocida como absorbente mientras que las que se unen son las absorbidas⁵; este caso es conocido como “fusión por absorción”. Podemos afirmar que las fusiones son concentraciones de empresas pues se trata de crear una masa patrimonial que proviene de los patrimonios separados de las distintas sociedades, consiguiendo así una empresa de mayor tamaño y un mejor desarrollo de los objetivos empresariales⁶. Lo esencial de las fusiones es que se integran, se unen dos (o más) empresas en una sola, es decir, existe una unificación en la que, como consecuencia, o bien una sola o bien ambas desaparecen, quedando una sola-completamente nueva o una de las que participan en la fusión-⁷.

La fusión supone siempre, atendiendo a la Ley 3/2009⁸, la transferencia de todo el patrimonio de las sociedades que son absorbidas a una sola sociedad, que es la absorbente.

⁴ Artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

⁵ Artículo 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

⁶ Vives, F., Apuntes de la asignatura Fundamentos de Derecho Mercantil, Universidad Pontificia Comillas, Facultad de Derecho, curso académico 21-22. “Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades”.

⁷ González-Maneses, M., Álvarez, S., *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Dykynson, 2011, p. 119.

⁸ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Con ello se consigue dicha transferencia “en bloque” y “por sucesión universal” de sus activos y pasivos y la unificación de todos los socios en la sociedad resultante de la fusión, pues ya hemos mencionado que los socios obtienen las acciones o participaciones de la misma. Ahora bien, cada socio las recibe de manera proporcional a lo que poseían en su anterior sociedad⁹.

Aunque siempre se asocie la fusión con dos sociedades autónomas, la realidad que es también existe este tipo de operaciones para reorganizar un grupo empresarial o reestructurarlo. La ventaja que suele tener este supuesto es la ausencia de conflictos de intereses entre empresas independientes, pues todas pertenecen al mismo grupo¹⁰.

Cabe señalar la existencia de fusiones distintas según las sociedades que intervengan, en concreto, según la nacionalidad de las mismas. Así, por un lado, se encuentran aquellas operaciones de fusión en las cuales las sociedades participantes son todas españolas, y están reguladas en la propia Ley de Modificaciones Estructurales (LME en adelante). Y, por otro lado, existen aquellas fusiones en las que, al menos, una de ellas no es española. Dentro de éstas se diferencian las transfronterizas intracomunitarias, las cuales serán objeto del presente trabajo, cuya regulación será en base al Capítulo II de la LME y las extracomunitarias, es decir, fuera del Espacio Económico Europeo¹¹ (EEE en adelante), cuya regulación será en base a las leyes personales¹².

2.2. Regulación

Las modificaciones estructurales y, en concreto, la fusión, están ampliamente reguladas tanto a nivel europeo como nacional, regulación que se expondrá más detalladamente en el apartado siguiente. Una cuestión importante es, por tanto, conocer cuándo una operación será regulada por las normas europeas y cuándo por las normas únicamente estatales. Esta respuesta nos la proporciona la LME. Así, la misma establece que, como

⁹ Artículo 24 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

¹⁰ González-Maneses, M., Álvarez, S., *op. cit.*, p.121.

¹¹ Los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo son los pertenecientes a la Unión Europea, Islandia, Liechtenstein y Noruega (Ministerio del Interior, 2023).

¹² Artículo 27.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

ya se ha señalado, cuando la operación esté integrada por sociedades únicamente españolas, será de aplicación la propia LME. Dicha Ley consiguió unificar el régimen jurídico al que las fusiones quedan sometidas para todas las sociedades mercantiles, pues antes de la aprobación y entrada en vigor de la citada ley, existían la Ley específica para las sociedades limitadas (LSRL¹³) y otra Ley diferente para las sociedades anónimas (RDLSA¹⁴)¹⁵.

En el caso que las sociedades participantes sean de un Estado perteneciente al EEE y, al menos una de ellas sea española, informa la LME en su artículo 27.2 que dichas operaciones se someterán al Capítulo II del Título II de la LME, esto es, a los artículos 54 y siguientes de la Ley al estar ante un supuesto de “fusión transfronteriza intracomunitaria”. Este régimen aplicable será objeto de estudio en el siguiente epígrafe con más detenimiento y detalle.

2.3. Fundamento

El objeto principal de las fusiones no siempre es el mismo. Normalmente, cuando la operación se da entre empresas que son del mismo grupo buscan un fin de organización, más corporativo. Sin embargo, cuando la fusión tiene lugar entre dos o más empresas que son independientes entre sí, lo más común es perseguir un fin económico o financiero en el que se realizan la venta y adquisición de sociedades.¹⁶

Las modificaciones estructurales de empresas, y en particular la fusión, tratan de alcanzar una mayor cuota de mercado, introducirse en un nuevo mercado, conseguir una reestructuración empresarial, etc. De esta forma, el fin último que han de perseguir es la creación de valor para los accionistas¹⁷.

¹³ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

¹⁴ Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

¹⁵ González-Maneses, M., Álvarez, S., *op. cit.*, p.122.

¹⁶ González-Maneses, M., Álvarez, S., *Ibid.*, p. 125.

¹⁷ Mascareñas Pérez-Iñigo, J., *Fusiones, adquisiciones y valoración de empresas*. Editorial del Economista. Sexta Edición, 2019, pp. 77-78.

El problema, como veremos más adelante, es que en muchas ocasiones el objetivo primordial no es otro que obtener una ventaja fiscal para las sociedades. Es muy distinto que se obtenga dicha ventaja a que sea el fundamento de la operación, pues lo que busca la regulación es la neutralidad en la fiscalidad de dichas operaciones. Es precisamente en esto en lo que nos detendremos profundamente a lo largo del trabajo, esto es, en saber cómo se regula, en cómo se evita y en conocer la jurisprudencia europea al respecto.

3. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

Las operaciones de fusiones han de tener su fundamento en algún motivo económico válido. Esto es, que el motivo único y principal de la fusión no sea la obtención de una ventaja fiscal porque, dado ese caso, será de inaplicación el régimen fiscal especial para este tipo de operaciones¹⁸.

La Directiva 90/434/CEE -que se estudiará a continuación- establecía ya un régimen fiscal especial aplicable a las operaciones de fusiones, pero para que dicho régimen tuviese cabida, uno de los requisitos que establecía en su artículo 11, apartado a) era la inexistencia de tener como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal; es decir, la Directiva imponía la existencia de motivos económicos válidos como requisito indispensable para aplicar dicho régimen fiscal especial¹⁹. De esta forma, lo que se trata de conseguir es que las empresas que realicen operaciones de reestructuración (en este caso de fusión) justifiquen por qué esa decisión y qué intereses económicos buscan con dicha fusión evitando así un fraude fiscal²⁰.

A modo clarificativo, algunos ejemplos de lo que podrían ser motivos económicos válidos son una reestructuración del grupo societario, aumentar la solvencia del grupo o una

¹⁸ Ruiz Ballesteros y Abogados, “¿Qué motivos económicos válidos pueden justificar una operación de canje de valores? *Página web de Ruiz Ballesteros y Abogados*, 2020. (Disponible en <https://www.ruizballesteros.es/que-motivos-economicos-validos-pueden-justificar-una-operacion-de-canje-de-valores/>; última consulta 8/02/2023).

¹⁹ 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.

²⁰ García-Torres, M.J., “*Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades*”, Quincena Fiscal Aranzadi, 2019.

reducción de costes productivos o administrativos²¹. Aun así, los encargados realmente de determinar la existencia de un motivo económico válido en una operación de reestructuración empresarial son los Tribunales, tanto nacionales como europeo, tal y como más adelante se verá.

3.1. Marco normativo

Las operaciones de reestructuración, entre las que encontramos la fusión como una de ellas, no están exentas de regulación. Existe, además de la ya mencionada Ley de Modificaciones Estructurales, una larga evolución de la normativa acerca de las mismas tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el ámbito estatal. Así, a continuación, se detallará dicha evolución y cómo nuestro país ha ido adoptando la regulación europea al ordenamiento jurídico interno. También se estudiarán los conflictos normativos que tal proceso de adaptación ha conllevado.

3.1.1. Regulación europea

En la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros encontramos su origen.

Su fundamento, de acuerdo con una de sus consideraciones, es “*crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado común*”. Para conseguirlo, siguiendo con la misma consideración, establece que las operaciones a las que su título se refiere no deben ser dificultadas debido a la aplicación de las distintas normativas fiscales naciones; es decir, dichas legislaciones internas no pueden suponer una desventaja o restricción para otros Estados miembros. Para ello, se entendió que la mejor opción es una armonización normativa entre ellos para poder así constituir un único régimen fiscal que solucione las diferencias entre los regímenes de los Estados miembros, sin llegar a desfavorecer a los Estados comunitarios. Es decir, la Directiva fue creada para “*eliminar los obstáculos fiscales a las fusiones (...)*”.²² Asimismo, se estableció la idea de la existencia de normas

²¹ Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, V2061-19, de 7 de agosto de 2019.

²² Primer considerando de la Directiva 90/434/CEE del Consejo.

fiscales neutrales cuya finalidad es que sean las propias empresas quienes se integren en dicho mercado común convirtiéndolo en competitivo y más productivo.

Así las cosas, de acuerdo con el artículo 1 de la norma europea, la misma será de aplicación para las operaciones de reestructuración -fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones- de dos o más empresas que pertenezcan a, como mínimo, dos Estados miembros diferentes. Para saber, por tanto, qué se entiende por una sociedad que pertenezca a un Estado miembro, la propia Directiva, en su artículo 3, expone aquello que ha de entenderse por tal sociedad. De este modo, si las sociedades participantes en la fusión están constituidas en virtud de una de las formas establecidas en el Anexo de la normativa, tienen su domicilio fiscal en algún Estado miembro conforme a la legislación interna y han de tributar por un Impuesto sobre Sociedades (en España) o uno análogo en otros Estados miembros, será de aplicación la Directiva para esas sociedades²³.

Para conseguir esa inexistencia de obstáculos para las empresas a la hora de tomar una decisión acerca de realizar una operación de reestructuración, en definitiva, para realizar el objetivo principal de la Directiva, la misma introdujo un régimen fiscal especial. Este régimen consistía en diferir la tributación de las plusvalías que se pudiesen generar de las transmisiones de bienes y derechos que realiza una entidad establecida en un Estado miembro en la operación de reestructuración. Para conseguir este efecto, el artículo 4 de la Directiva indica que el valor de dichos bienes y derechos no se va a actualizar al valor de mercado y, por ende, no se produce ninguna plusvalía²⁴. De este modo, se evita la tributación de las plusvalías cuando se produce la operación, pero para no perjudicar a los Estados miembros, sí se garantiza el pago del impuesto posterior. Así, el pago tributario se desplaza a la sociedad adquirente de manera que aquellas sociedades que transmitan su patrimonio en concepto de operación de reestructuración no serán gravadas por las posibles rentas que obtengan²⁵.

²³ Artículo 3 de la Directiva 90/434/CEE.

²⁴ Artículo 4 de la Directiva 90/434/CEE.

²⁵ Fernández-Velilla, J.A., “La propuesta de modificación del régimen fiscal aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial intracomunitarias: apuntes y reflexiones a la luz de la normativa de transposición española”. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 2004. (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1139/documento/art04.pdf?id=2024&forceDownload=true>; última consulta 02/03/23).

En definitiva, es un régimen de diferimiento que introdujo la neutralidad fiscal para este tipo de operaciones y poner así fin a las trabas que pueda suponer la realización de las mismas.

La neutralidad fiscal que busca conseguir la Unión Europea no aparece definida en las normativas europeas. Sin embargo, nos podemos acercar a dicha concepción en base a los distintos pronunciamientos llevados a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE” en adelante). Así, en el asunto C-85/11²⁶, el Tribunal determina que la neutralidad fiscal ha de significar la no afectación a la competencia y a las decisiones que las empresas puedan tomar sobre la reestructuración o reordenación de las mismas. Asimismo, referido a un caso de IVA, el Tribunal explica que la neutralidad fiscal no puede significar un trato diferente entre dos empresas por tener estructuras societarias distintas.²⁷ Por lo tanto, se puede entender por neutralidad fiscal la inexistencia de un coste (fiscal) para las empresas²⁸.

La experiencia ha demostrado que, a raíz de esta normativa, las numerosas operaciones de reestructuración realizadas dentro de la Unión Europea se han beneficiado de las medidas acertadas que ha introducido la norma para facilitar la creación de grupos empresariales europeos y ser así más competitivos²⁹.

Una de las novedades más relevantes que contiene dicha Directiva es el término de “motivos económicos válidos”, utilizado por primera vez como objetivo principal de las operaciones de reestructuración. Los menciona exactamente en su artículo 11, el cual hace referencia a la cláusula antiabuso de tales operaciones -cláusula que se estudiará más adelante-. Así, más concretamente, queda establecido en el mencionado artículo que, en caso de que exista una operación de reestructuración cuyo objetivo principal sea el fraude o evasión fiscal, los Estados miembros pueden inaplicar dicha Directiva o rechazar el

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de abril de 2013 (Gran Sala). Comisión Europea contra Irlanda. Asunto C-85/11.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de abril de 2013. Comisión Europea contra Reino Unido e Irlanda del Norte. Asunto C-86/11.

²⁸ Fernández-Velilla, J.A., *op. cit.*

²⁹ Fernández-Velilla, J.A., *Id.*

beneficio de la misma, por tanto, otorga una autonomía a los Estados en ese tipo de situaciones.

Cabe mencionar que la Directiva sufrió diversas modificaciones hasta llegar a la Directiva 2009/133/CEE³⁰ que codifica tales cambios de la norma europea, entre ellas, la ampliación de su ámbito de aplicación al cambio del domicilio fiscal de las sociedades europeas. La mencionada Directiva persigue el mismo fundamento que la norma anterior ya estudiada, de tal forma que sigue insistiendo en conseguir un buen funcionamiento del mercado interior y evitar los obstáculos e impedimentos para tomar decisiones empresariales³¹.

Como se ha indicado previamente, en la Directiva anterior aparece el término de “motivos económicos válidos” por primera vez en su artículo 11; ahora, en esta nueva Directiva, se encuentra reproducido en su artículo 15.1. a) como cláusula antiabuso que se estudiará a continuación:

“Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1:

- a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”.*

En definitiva, la normativa europea trata de, por un lado, garantizar y facilitar la creación de grupos empresariales intracomunitarios estableciendo así el régimen fiscal especial

³⁰ 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.

³¹ Segundo y undécimo Considerando de la Directiva 2009/133/CEE.

contenido en la Directiva 2009/133/CEE -antes en la Directiva 90/434/CEE- que permite un diferimiento en la tributación de las plusvalías generadas. Pero, por otro lado, la norma también se ocupa de asegurarse que las empresas intracomunitarias no abusen del Derecho y no puedan así beneficiarse de la normativa sin cumplir los requisitos para ello. Es por esto por lo que existe la cláusula antiabuso del artículo 15.1, letra a), y deja un margen de actuación a los Estados miembros para aplicarla.

Se ha de destacar que, aunque el legislador comunitario establezca que la ausencia de dichos motivos económicos válidos puede suponer una presunción de fraude o evasión fiscal por parte de las empresas³², la realidad es que son los Estados miembros, a través de la transposición de la Directiva en sus ordenamientos jurídicos internos, los que tienen la competencia para determinar si efectivamente la mera ausencia conlleva a dicha presunción de abuso o fraude tal y como ha señalado reiteradamente el TJUE³³.

3.1.2. Regulación estatal

En un primer momento, fue la Ley 29/1991³⁴ la encargada de transponer la Directiva 90/434/CEE para pasar a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. De esta forma, se adecúa la legislación fiscal española a la establecida en la Unión Europea.

Para cumplir con la Directiva europea, nuestro legislador estableció en la Exposición de Motivos uno de los fines esenciales que guarda la norma: la neutralidad fiscal. De esta forma, expone la Ley la intención de que la ejecución de operaciones de reestructuración no tenga en ese momento una carga fiscal -diferimiento de la misma- para no impedir la realización de tales operaciones.

La mencionada Ley introduce un régimen fiscal único. En este sentido, la norma explica que no solo será aplicable a las operaciones de reestructuración que se realizan entre sociedades de distintos Estados miembros -como lo es la Directiva-, sino que extiende su ámbito de aplicación a las operaciones de tal índole que ocurran entre sociedades que

³² Artículo 15, apartado 1, letra a) de la Directiva 2009/133/CEE.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2011. Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. Asunto C-126/10.

³⁴ Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

residan en territorio español³⁵. Es decir, el legislador español amplió la aplicación de la normativa desde una perspectiva territorial.

Asimismo, la Ley incorporó nuevas operaciones de reestructuración de las ya incluidas en la Directiva – fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones-, otro cambio importante respecto de la norma europea. Además, también introdujo una suavización de los requisitos impuestos en Directiva que debían cumplir los contribuyentes -o sujetos pasivos- para poder beneficiarse de la misma³⁶.

La ley 29/1991, en su artículo 16, apartado 2, introdujo la cláusula antiabuso relativa a las operaciones de reestructuración en línea con lo establecido en la normativa europea. De manera muy similar al artículo 11, apartado 1 a), de la Directiva 90/434/CEE, la norma española estableció que en el caso de que una operación de estas características se realice con el objetivo de evadir o defraudar, no será de aplicación el régimen especial fiscal³⁷. Añadía, a diferencia de la comunitaria, que la autoridad administrativa comprobaría dicho fin.

El gran problema, y a diferencia de la Directiva europea, fue, por tanto, la omisión del término “motivos económicos válidos” en nuestra Ley, lo que dio lugar a un conflicto de interpretación y, por ende, jurisprudencial. Únicamente señalaba la realización de este tipo de operaciones con el propósito de defraudar o evadir impuestos, pero no establecía la presunción de dicho fraude o evasión fiscal que suponía la ausencia de motivos económicos válidos³⁸.

Así las cosas, existió un espacio temporal en el que, por un lado, la Directiva europea en su artículo 11 mencionaba (por primera vez) la existencia de motivos económicos válidos a la hora de analizar una operación; pero, por otro lado, el legislador estatal español, sin embargo, optó por no introducir dicho concepto a la hora de transponer la Directiva mediante la Ley 29/1991 como se ha visto. De esta forma, por tanto, nos encontramos

³⁵ Exposición de Motivos de la Ley 29/1991.

³⁶ Fernández-Velilla, J.A., *op. cit.*

³⁷ Artículo 16, apartado 2, de la Ley 29/1991.

³⁸ Soto López, D., “La cláusula antiabuso del régimen fiscal especial de reestructuraciones”. *Crónica Tributaria*, 2015, pág. 182 en adelante (disponible en <https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/157.pdf#page=181>; última consulta 8/02/2023).

con un conflicto en cuanto a la interpretación de la concurrencia o no de motivos económicos válidos en una operación debido a la omisión de los mismos en la normativa.

La solución parece que nos la da la propia Ley y la posterior Ley 43/1995³⁹ en su artículo 110, apartado 2, cuando indica que será competencia de la Administración determinar si la operación se hizo con razón de fraude o evasión fiscal y, en este caso, inaplicar el régimen fiscal especial para que no se beneficien los sujetos pasivos. Es decir, parece establecer que corresponde a la Administración tributaria determinar la existencia de fraude o evasión fiscal. Así, se reguló en el Impuesto sobre Sociedades con su correspondiente Ley 43/1995 manteniendo, eso sí, el fundamento y justificación de la Directiva europea.

Posteriormente, con la Ley 14/2000⁴⁰, se introdujo, al fin, el concepto explícito de motivos económicos válidos, concretamente en su artículo 2, apartado 6, estableciendo una cláusula antiabuso muy similar a la referida en la Directiva europea. Así, la legislación española introduce ahora la inaplicación del régimen fiscal especial cuando las operaciones se realicen con la ausencia de motivos económicos válidos. Ahora bien, en relación con lo anterior, esta nueva normativa no establece que será la Administración quien compruebe la existencia (o inexistencia) de motivos económicos válidos ni de evasión o fraude fiscal. Por tanto, para las operaciones realizadas antes de la entrada en vigor de esta Ley, la carga de la prueba corresponde a la Administración. Sin embargo, con la nueva norma se podría hablar de una inversión de carga de la prueba y que fuese el sujeto pasivo el encargado de probarlo. De hecho, la Ley 14/2000, en su artículo 2, apartado 2, establece la posibilidad de que los contribuyentes se dirijan a la Administración Tributaria para consultar acerca de la aplicación y requisitos en el ámbito de estas operaciones cuya respuesta será vinculante⁴¹.

Sin embargo, en la actual Ley 27/2014⁴² (“LIS” en adelante) parece recuperar dicha facultad de comprobación la Administración, pues así lo indica el artículo 89, apartado 2, segundo párrafo de la citada Ley, aunque en la práctica resulta más frecuente que sea el

³⁹ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁴⁰ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁴¹ Artículo 2, apartado 2, segundo párrafo de la Ley 14/2000.

⁴² Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

sujeto pasivo quien lo compruebe a través de consultas realizadas a la Dirección General del Tributo (DGT)⁴³.

En cuanto al alineamiento con la legislación europea, en concreto, con la Directiva 2009/133/CEE, la LIS acoge la cláusula antiabuso de manera muy similar a la misma en su artículo 89, apartado 2, indicando que el régimen fiscal especial de diferimiento no será de aplicación si la operación no se realiza por motivos económicos válidos, es decir, si se realiza por fraude o evasión fiscal, tal y como se ha mencionado anteriormente.

La norma nacional establece como régimen especial de las fusiones -y demás operaciones de reestructuración- uno paralelo al comunitario. De esta forma, se trata de conseguir un diferimiento a la hora de tributar por las rentas que se generan de la operación al transmitir los elementos patrimoniales. Para ello, la sociedad que transmite el patrimonio no integra la plusvalía que podría tener de la diferencia entre el valor del mercado y el fiscal, sino que la sociedad receptora lo integra directamente en su patrimonio por el valor que tenía en la sociedad primera, es decir, el valor fiscal es el mismo⁴⁴. Así, establece el propio artículo 77 de la actual LIS, que el pago de la cuota fiscal podrá ser aplazado hasta que efectivamente se transmita a la otra sociedad los elementos patrimoniales siempre a solicitud del sujeto pasivo y acordado por la Administración tributaria.

A pesar de introducir el concepto de motivos económicos válidos en la legislación fiscal española para determinar la aplicación del régimen fiscal expuesto anteriormente, lo cierto es que no ofrece ninguna determinación ni limitación de su significado, por lo que nos hemos de acercar y estudiar la jurisprudencia europea para saber qué interpretación le ha dado el TJUE y qué criterios establece para delimitar el concepto. A ello se le dedicará el último apartado del presente trabajo.

⁴³ Silva López, A., “Los motivos económicos válidos en las operaciones de reestructuración empresarial”. *Repositorio Comillas*, 2020.

⁴⁴ Agencia Tributaria, “Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea”, *Sede de la Agencia Tributaria*, 2022, (disponible en <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/impuesto-sobre-sociedades/brexit/regimen-especial-fusiones.html>); última consulta 02/03(2023).

3.2. Incumplimiento

Como ya hemos venido explicando, la ausencia de la existencia de motivos económicos válidos parece ser determinante para la presencia de fraude o evasión según introduce la Directiva europea. El mero hecho de que haya una ventaja fiscal sí que puede ser esencial para excluir el régimen fiscal especial siempre que, según la valoración que realice la correspondiente Administración tributaria, no haya un motivo económico válido suficiente que justifique la operación⁴⁵. Ahora bien, si una operación de fusión busca obtener una ventaja fiscal, no es incompatible con la existencia de dichos motivos válidos siempre que dicha ventaja no sea el motivo principal de la operación.

Por lo tanto, si se concluye la inexistencia de motivos económicos válidos, la consecuencia será la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 15.1.a) de la Directiva 2009/133/CEE y, por consiguiente, no tendrá lugar el régimen fiscal especial en la operación ni los beneficios de la Directiva.

4. CLÁUSULA ANTIABUSO

Las empresas buscan el incremento de su productividad, así como la eficiencia de los recursos que tienen. Es decir, han de crear valor e intentar optimizar los costes y aumentar las ventas. De esta forma, las empresas serán más competitivas y sostenibles. Para conseguirlo, las sociedades realizan las modificaciones estructurales cuyos objetivos han de ser los descritos en el presente párrafo⁴⁶. Las fusiones implican la ampliación y crecimiento de las empresas pues, como se vio en el segundo epígrafe, mediante este tipo

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2012, 2356/2012. Rec. 3777/2008. “Bajo tal postulado, cuando la norma, el artículo 110, excluye un fin distinto, en concreto, un fin de fraude o evasión fiscal, no está utilizando el supuesto de fraude de Ley que contiene el artículo 24 de la LGT, que implica ampararse en negocios jurídicos impropios para la consecución del resultado apetecido y todo ello con fines exclusivos de ahorro fiscal. El artículo 110 simplemente impide que al amparo del régimen especial se persiga y consume una finalidad defraudatoria cuya apreciación corresponde a la Administración y su revisión a la Jurisdicción”.

⁴⁶ Navas, J., “Las fusiones o adquisiciones tienen un objetivo central: la creación de valor”. *Página web de PwC*, 2021 (disponible en [https://www.pwc.es/entrevistas-de-temas-de-interes/las-fusiones-o-adquisiciones-tienen-un-objetivo-central-la-creacion-de-valor.html#:~:text=El%20objetivo%20principal%20de%20una,mediano%20y%20Fo%20largo%20plazo.](https://www.pwc.es/entrevistas-de-temas-de-interes/las-fusiones-o-adquisiciones-tienen-un-objetivo-central-la-creacion-de-valor.html#:~:text=El%20objetivo%20principal%20de%20una,mediano%20y%20Fo%20largo%20plazo.;); última consulta 1/03/2023).

de operaciones las sociedades amplían su tamaño. Con ello se genera una mayor cuota de mercado⁴⁷ que tanto interesa a las empresas.

El legislador ha de estar pendiente a las operaciones de reestructuración -en concreto de fusión- por todo lo que conllevan, tanto a un nivel fiscal como mercantil, pues puede llegar a afectar al mercado en general si se trata de una operación con un volumen muy elevado. Por ello, tanto el legislador europeo como el nacional establecen una serie de requisitos que han de cumplir las empresas para poder llevar a cabo este tipo de operaciones.

Asimismo, los Estados, como se ha visto anteriormente, han implantado un régimen especial en materia tributaria -de neutralidad fiscal- para favorecer estas actuaciones, en línea siempre con lo establecido en la legislación europea y acorde al TJUE en sus interpretaciones. En contrapeso, para que las sociedades residentes en los Estados miembros no abusen de este régimen beneficioso y no actúen de manera contraria del Derecho, el legislador se ve obligado a limitar su aplicación y a exigir una serie de requisitos indispensables para ello. Esta forma de limitar el régimen fiscal especial es conocida como cláusula antiabuso, en la que la Directiva europea -y la legislación nacional- optan por incluir una disposición que limite la aplicación de los beneficios del régimen especial si las empresas no cumplen lo exigido -existencia de motivos económicos válidos-.

Así, las normas o cláusulas antiabuso quedan establecidas para evitar que los contribuyentes realicen negocios jurídicos con el fin de obtener únicamente un beneficio fiscal sin otros motivos que sean válidos para la legislación⁴⁸. En el caso concreto de la legislación española en el ámbito tributario, las cláusulas antiabuso se encuentran en los artículos 13, 15 y 16 de la Ley General Tributaria⁴⁹ (“LGT” en adelante) referidos a la

⁴⁷ Pita Grandal, A.M., y Aneiros Pereira, J., “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica Tributaria – Economistas.es*, Universidad de Vigo, 2012 (disponible en https://www.economistas.es/Contenido/REAF/CronicaTributaria/144/144_Pita.pdf ; última consulta 04/03/2023).

⁴⁸ Delgado Pacheco, A., “Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea”, *Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, p-8.

⁴⁹ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

calificación, el conflicto existente en la aplicación de las normas fiscales y la simulación, respectivamente.

En definitiva, la existencia de una cláusula antiabuso en el ámbito de las operaciones de fusión se debe a la posible actuación en fraude o en abuso del Derecho que las sociedades puedan realizar para verse beneficiadas por el régimen fiscal especial con la única intención de obtener una ventaja fiscal y no por motivos económicos válidos, tal y como reclama la Directiva 2009/133/CEE y la Ley 27/2014.

4.1. Concepto de ventaja fiscal

Se puede definir ventaja fiscal como un beneficio obtenido en el ámbito tributario e incluso como un incentivo para la toma de decisiones por parte de las empresas⁵⁰. En el sentido del presente trabajo, la ventaja fiscal consiste en la propia aplicación del régimen fiscal especial característico de las operaciones de reestructuración de las sociedades. Sin embargo, ya sabemos que, si uno de los motivos principales de las empresas es la obtención de dicha ventaja fiscal, será de inaplicación el mencionado régimen.

Ahora bien, está claro que las sociedades al realizar operaciones de fusión -y en general de reestructuración- siempre van a buscar obtener una ventaja fiscal, algo que está permitido siempre y cuando no sea éste el motivo principal de la operación⁵¹. Sin embargo, se entiende que, siendo el motivo principal el ahorro fiscal y, con ello, la inexistencia de un motivo económico válido, se presume la existencia de fraude o evasión fiscal⁵². Así las cosas, es de vital importancia determinar si se puede presumir o no la existencia de fraude o evasión debido a la falta de motivos económicos válidos.

Como se ha mencionado anteriormente, las sociedades tratan de actuar según les suponga una contribución tributaria menor. A esta actuación se le conoce como economía de opción, permitida por el ordenamiento jurídico. Consiste en definir una planificación

⁵⁰ Expansión. “Diccionario Económico: ventaja fiscal”, *Expansión*, 2023 (disponible en <https://www.expansion.com/diccionario-economico/ventaja-fiscal.html>; última consulta 20/03/2023).

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de mayo de 2010. *Zwijnenburg BV y Staatssecretaris van Financië*. Asunto C-352/08

⁵² Artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CEE.

fiscal en virtud de la autonomía privada que gozan las empresas la cual permita una imposición fiscal menor⁵³, siempre y cuando no suponga cruzar los límites que las normas y cláusulas antiabuso establecen⁵⁴. Así, los contribuyentes pueden elegir las opciones que más le beneficien fiscalmente dentro del ámbito de posibilidades que ofrece la normativa. De esta forma, se entiende que no tiene cabida el fraude de ley en este tipo de actuaciones pues el sujeto pasivo actúa conforme a la norma dentro de la libertad que ésta le otorga⁵⁵.

Cuando los efectos jurídicos-patrimoniales son los propios de este tipo de operaciones (fusiones), sin obtener una reducción fiscal respecto al gravamen que se hubiera soportado si no se hubiese realizado dicha operación, no se podría exigir que el sujeto pasivo sea, además, quien deba probar la concurrencia de un motivo económico específico. En este caso, el motivo económico válido debe presumirse. Es decir, en esta situación, no existe ningún ahorro fiscal para las partes, por lo que lo más sensato es considerar que el motivo principal de la operación no es un objetivo fiscal. Esta postura fue adoptada por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia 23/11/2016⁵⁶.

Por tanto, en conclusión y tal y como interpretó el TJUE y el Tribunal Supremo⁵⁷, la existencia de una ventaja fiscal no supone un abuso del Derecho de manera automática, pues está permitido por la propia normativa dentro de unos límites que la misma establece.

⁵³ Ruiz Almendral, V., y Seitz, G., “El Fraude a la Ley Tributaria (Análisis de la norma española con ayuda de experiencia alemana)”, *Universidad Carlos III de Madrid, Biblioteca*, 2004 (disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9761/fraude_ruiz_RCT_2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta 04/03/2023).

⁵⁴ Delgado Pacheco, A., “Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea”, *Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, p-14.

⁵⁵ Díaz Romero, R., “Economía de opción, elusión y evasión de las contribuciones”, *Lecturas Jurídicas, número 27*, 2014 (disponible en [⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2016. Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Núm. Rec. 3742/2015. Núm. Res. 2508/2016.](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/38885076/Lecturas_Juridicas_27-libre.pdf?1443159034=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEL_DERECHO_DE_DEFENSA_TECNICA_DE_LOS_IND.pdf&Expires=1678108944&Signature=KLg7QmgsBfPvoQgr9Z6QecES5InPw51TpS1h8s69nDO~pb-Tc5zh~YJv6SjG-qFjkQ0NID7fuuatFYzEhLnfjdtr2Ua5KLFoHf5Rr2zQGAhtXV9b5GrarEE7rB5GRYe2N-8K7V9lJurV23cIRF4CNUQksVJeNvfGqnnK9ORVtTASwlXpHh7t-gYmrbg3M44kt921V28zz0ASYQ5vpTv5zHfp0dMVgP8cusDexHi0~rZCNulgDOvAQRd2dT4TFVpErNkUjcl-HBg8P4AZDFNA1MYAzPSPc4NP4fAhC4xS0tL9etXwJgY7HF9BGJ7qNfhdM85bLGrMKyCVval6Z8b7Q_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=16; última consulta 06/03/2023).</p></div><div data-bbox=)

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2012, 2356/2012. Rec. 3777/2008.

Así las cosas, se ha de conocer cuándo en una operación de reestructuración – en concreto de fusión- se realiza únicamente buscando obtener una ventaja fiscal o si, por el contrario, aun existiendo tal beneficio fiscal, la operación principalmente es realizada por un motivo económico válido y, por tanto, se aplica el régimen fiscal especial contenido en la Directiva europea ya estudiada. Para ello, es de obligación conocer los diferentes pronunciamientos que ha realizado el TJUE acerca de la existencia, interpretación y análisis de los motivos económicos válidos y cómo dichos pronunciamientos han evolucionado en el tiempo.

4.2. Jurisprudencia europea

El concepto de motivo económico válido se puede catalogar como un concepto jurídico indeterminado⁵⁸. La Directiva 2009/133/CEE (al igual que la anterior) no proporciona una definición exacta del término *motivo económico válido*. Como se ha visto anteriormente, dicho término sí se ha incluido explícitamente en la propia norma, concretamente en su artículo 15, pero sin un significado determinado. Por consiguiente, los diferentes Estados miembros se han visto obligados a interpretar dicho concepto conforme a sus ordenamientos jurídicos internos, lo que puede provocar diferencias, conflictos y discriminaciones dentro de la Unión puesto que las interpretaciones dadas pueden ser distintas entre los Estados.

Así, en numerosas situaciones, los distintos países comunitarios han elevado cuestiones prejudiciales al Tribunal europeo en el mismo ámbito para que les ofrezca una interpretación adecuada y poder resolver los casos nacionales. Así las cosas, ha sido el TJUE el encargado de, a nivel comunitario, ir asentando las bases del concepto para poder delimitarlo y alcanzar, o acercarse, así una definición más concreta.

De hecho, ha interpretado numerosos casos en relación con la cláusula antiabuso recogida en la Directiva 90/434/CEE, la ahora Directiva 2009/133/CEE. En concreto, el Tribunal ha sido el encargado de darle una interpretación al artículo 15 de la misma, el cual ya ha

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2017. Sala de lo Contencioso. Núm. Rec. 435/2016. Núm. Res. 330/2017.

sido objeto de estudio. Por tanto, se encuentran numerosas sentencias por parte del Tribunal acerca de los motivos económicos válidos y su conceptualización, así como de la cláusula antiabuso recogida en la propia Directiva. Es por ello por lo que se nombrarán y explicarán las principales sentencias en dicho ámbito, así como la evolución que ha seguido el Tribunal a lo largo del tiempo.

Una de las sentencias más antiguas y relevantes que se encuentran es el **caso Leur-Bloem**⁵⁹ (C-28/95) debido a los criterios y delimitaciones que ofrece acerca de los motivos económicos válidos y de la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva; así, el TJUE se pronunció por una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE -en la actualidad, artículo 15 de la Directiva 2009/133/CEE-.

En primer lugar, se ha de explicar de manera muy breve el contexto del caso para así comprender qué jurisprudencia asienta el Tribunal en esta sentencia. Trata de una persona física que es socia única y directora de dos sociedades neerlandesas privadas. Su intención era adquirir una tercera sociedad (también privada), concretamente una sociedad holding cuyo pago de la adquisición se haría mediante canje con las participaciones de las dos primeras sociedades, convirtiéndose así en socia única de las otras dos sociedades, siendo socia indirectamente. Pretende que la Administración tributaria califique dicha operación como “fusión por canje de participaciones”, de tal manera que pueda ser susceptible de acogerse a la exención del impuesto sobre la plusvalía obtenida. Sin embargo, el Inspector entendió que no constituía una fusión debido a que no existía intención de integrar de forma duradera una actividad empresarial.

En segundo lugar, el Tribunal afirma su competencia para pronunciarse acerca de un caso que, aunque no esté explícitamente recogido en la normativa europea, afecta a la interpretación de la misma, por lo que cabe su pronunciación e interpretación de, en concreto, la Directiva 90/434/CEE. De hecho, el propio Tribunal en la sentencia expone su competencia cuando las autoridades nacionales eleven una cuestión prejudicial

⁵⁹ Sentencia de Justicia, de 17 de julio de 1997. Leur-Bloem y Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. Asunto C-28/95.

referida a las normas comunitarias. Es más, indica el Tribunal que la autoridad judicial nacional -en este caso neerlandesa- necesita la interpretación comunitaria para poder resolver el caso nacional. De esta forma, al resolverlo la jurisdicción europea, se evitarán futuros conflictos de interpretación de las normas comunitarias para el resto de los Estados miembros, creando así una necesidad de que el Tribunal se pronuncie sobre este caso.

En cuanto a la apreciación y limitación de los motivos económicos válidos, el TJUE señala que, para la apreciación de fraude o evasión fiscal, al no existir una definición clara por parte del legislador europeo, son los Estados miembros los competentes para estudiar y determinar si la operación persigue ese fin fraudulento, dejándoles así un margen de actuación. De esta forma, si las autoridades nacionales entienden que existe el fraude fiscal -o evasión- como uno de los objetivos esenciales de la operación, entonces son competentes para inaplicar los beneficios fiscales dispuestos en la Directiva, ya sea en su totalidad o parcialmente. En este sentido, el Tribunal expone que la ausencia de motivos económicos válidos puede ser una prueba de presunción de fraude o evasión, tal y como aparece en la Directiva en el artículo 11.

La jurisprudencia europea, a su vez, señala que para que las autoridades nacionales competentes puedan apreciar la ausencia de motivos económicos, han de realizar un examen profundo y global, de forma que no es suficiente la aplicación de criterios generales para determinarlos. Incluso señala el Tribunal que dicho examen puede ser objeto de control judicial nacional. Es decir, no sería adecuado que existiera una norma general que impidiese aplicar de manera automática el régimen fiscal especial de la Directiva a determinados tipos de operaciones de reestructuración, sino que para ello se ha de realizar dicho análisis y estudio profundo caso por caso, siempre respetando el principio de proporcionalidad y el fin de la Directiva.

Asimismo, aprecia el Tribunal que régimen fiscal establecido en la Directiva es aplicable a todas las operaciones de reestructuración independientemente de que busquen un fin económico, fiscal o financiero. Se ha mencionado que el TJUE detalla como operaciones de reestructuración la fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones.

Por último, la jurisprudencia europea también interpreta, de manera muy importante para futuros casos, si se puede apreciar como un motivo económico válido la compensación de pérdidas entre sociedades de un grupo o si, por el contrario, es únicamente un fin fiscal y, por tanto, no está dentro del ámbito del artículo 15 de la Directiva. En este sentido, el Tribunal entiende que el concepto de motivo económico válido no es simplemente perseguir una ventaja fiscal, sino que va más allá. Ahora bien, es cierto que una operación cuyo único objetivo sea ese no es un motivo válido. Por tanto, con esta sentencia el Tribunal establece que el mero hecho de que exista una ventaja fiscal en una operación no tiene que significar automáticamente el fraude o evasión fiscal, sino que se ha de analizar detalladamente por la autoridad nacional cuál es el verdadero fin.

El siguiente pronunciamiento relevante y que, por tanto, ha de ser expuesto es el **caso Emsland-Stärke**⁶⁰ (C-110/99). A pesar de que no sea una cuestión propiamente fiscal, pues está relacionado con la exportación agrícola europea, lo cierto es que sí tiene relevancia en el ámbito tributario puesto que la importancia de este caso para nuestro estudio reside en la delimitación del concepto de abuso de derecho, extrapolable a otros ámbitos distintos al de la sentencia, como puede ser el fiscal, objeto del presente trabajo.

En la citada sentencia se establecen tres elementos que han de darse para apreciar la existencia del abuso de derecho. El primero de ellos es el objetivo, es decir, la normativa aplicable al caso. En este sentido, se entiende que ha de probarse si el contribuyente ha creado de manera artificial una estructura persiguiendo un fin económico, lo que ha de realizarse caso por caso de manera detallada. El segundo elemento es el subjetivo, es decir, la voluntad y la finalidad del contribuyente de conseguir una ventaja u objetivo fiscal que sea contrario a la normativa europea. Y, por último, un elemento procesal consistente en la prueba, en concreto, a quién pertenece la carga de la misma que, en principio, corresponde a la Administración nacional correspondiente.

El Tribunal también ha señalado que para apreciar la existencia de una práctica abusiva es necesario la existencia de, por un lado, el elemento objetivo consistente en la no

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de marzo de 2006. Emsland-Stärke y Landwirtschaftskammer Hannover. Asunto C-110/99.

obtención del objetivo buscado por la normativa europea y, por otro lado, se ha de apreciar el elemento subjetivo, entendido como la obtención, por parte del contribuyente, de un beneficio de la legislación europea a través de una estructura artificial para conseguir los requisitos exigidos por la norma y que sea así de aplicación.

Por último, establece nuevamente la jurisprudencia europea, que son las autoridades nacionales competentes las encargadas de apreciar la concurrencia de los dos elementos del abuso de derecho. Para ello, los órganos judiciales nacionales han de realizar dicha tarea en virtud de la legislación nacional, pero siempre dentro del ámbito comunitario.

Siguiendo con la evolución de la jurisprudencia del Tribunal europeo, cabe destacar el **caso Halifax**⁶¹ (C-255/02), el cual parte de la concepción de abuso de Derecho ya creada por el mismo en el caso recientemente estudiado, caso Emsland-Stärke.

Se trata, de nuevo, de una cuestión prejudicial elevado por un Tribunal inglés sobre el impuesto del IVA. Los “*Commissioners*” alegaban que la operación realizada tenía como único fin eludir el IVA. Ese fin es contrario al principio del Derecho comunitario de prohibición del abuso de Derecho. Halifax perseguía obtener una ventaja fiscal a través de un plan creado artificialmente de evasión fiscal, en concreto, de eludir el pago del IVA.

El Tribunal en la presente sentencia señala que la condición de sujeto pasivo se atribuye a aquellos que lleven a cabo una actividad económica, con independencia de los fines y objetivos de aquella actividad realizada. Asimismo, también establece una delimitación sobre qué debe entenderse por actividad económica, siendo esta aquella referida a la “fabricación, comercio o prestación de servicios” y, tal y como ha establecido en numerosas sentencias, abarca a todas las fases de las mismas, siendo esta delimitación de carácter objetivo. De esta forma, queda establecido por la jurisprudencia europea que para apreciar la existencia de una actividad económica es irrelevante la voluntad del contribuyente de conseguir una ventaja fiscal.

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de febrero de 2006. Halifax, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd y Commissioners of Customs & Excise. Asunto C-255/02.

Dicho caso es relevante para la determinación de una situación abusiva porque, según el Tribunal, las prácticas o acciones abusivas no se pueden amparar en el Derecho comunitario, tal y como pretendían los sujetos pasivos de este caso. De igual manera, establece que dicho Derecho tampoco puede ser usado como una excusa para la realización de dichas prácticas.

Por otro lado, el Tribunal ha de indicar si se pueden aplicar las disposiciones de la normativa europea a un impuesto que no está recogido en la misma- en este caso, IVA-. En este sentido, el TJUE señala que la normativa europea no puede cubrir las prácticas abusivas realizadas por los “operadores económicos”, es decir, que los contribuyentes no se puedan beneficiar de las ventajas contenidas en las normas europeas de manera abusiva. Así, queda establecido que dentro del impuesto del IVA tiene cabida el principio del Derecho comunitario de prohibición de las prácticas realizadas con abuso de Derecho puesto que uno de los fines del Derecho de la Unión es, efectivamente, luchar contra el fraude fiscal. Es decir, de manera novedosa, la jurisprudencia europea extiende el concepto de abuso de Derecho para otros impuestos, en este caso concreto, para el IVA.

Ahora bien, el Tribunal remarca la posibilidad que ostentan los contribuyentes de optar por realizar aquella operación que le sea más beneficiosa, es decir, que conlleve una tributación menor siempre y cuando dicha opción esté permitida por la Ley. Con ello se refiere a la economía de opción, es decir, la posibilidad y derecho del que goza el contribuyente a elegir por la opción, siempre que no sea contraria a la Ley, que le permita tributar lo menos posible.

El órgano judicial establece una jurisprudencia muy relevante a la hora de definir el concepto de abuso puesto que señala que es fundamental la existencia de una ventaja fiscal, así como la inexistencia de otros motivos legítimos que justifiquen la operación o práctica que se lleve a cabo. Esto es justamente lo que el Tribunal entiende como fraude o evasión fiscal a la hora de determinar la existencia de motivos económicos válidos. Así pues, si las operaciones realizadas no tienen como objetivo o finalidad la persecución de una ventaja fiscal, no tiene cabida una práctica abusiva. En cuanto a la demostración de la existencia de una práctica fraudulenta o abusiva, corresponde a la autoridad nacional

competente -órgano jurisdiccional- dicha demostración conforme a la normativa nacional adaptada a la comunitaria, tal y como estableció también el TJUE en su sentencia Emsland-Stärke ya estudiada.

Brevemente, se ha de hacer referencia al **caso Kofoed**⁶² (C-321/05), en el que el Tribunal recuerda la obligación que tienen los Estados miembros de interpretar y aplicar la legislación interna conforme a finalidad de la normativa comunitaria.

La importancia de esta sentencia reside en conocer si puede aplicarse directamente el artículo 15, apartado 1 a) de la Directiva 2009/133/CEE -para la resolución del caso es de aplicación la Directiva anterior- a un conflicto nacional en el que no existe una disposición interna para adaptar dicha normativa europea y poder así conocer si una operación de fusión -o de reestructuración en general- se realiza sin ningún motivo económico, solo para conseguir un ahorro fiscal.

El TJUE interpreta que no es directamente aplicable la norma europea, aunque sí señala que el concreto artículo mencionado, es decir, la cláusula antiabuso, podría pertenecer al principio nacional de prohibir el abuso de Derecho en el ámbito fiscal. Así pues, el Tribunal parece establecer la aplicación directa de la cláusula antiabuso aun en aquellos casos en los que la legislación nacional no tenga una cláusula similar en su ordenamiento interno⁶³.

Otro de los asuntos del TJUE que tuvo (y tiene) gran relevancia jurisprudencial es el **caso Zwijnenburg**⁶⁴ (C-352/08), el cual ofrece una nueva interpretación del artículo 11, apartado a), de la Directiva.

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de julio de 2007. Hans Markus Kofoed y Skatteministeriet. Asunto C-321/05.

⁶³ López Tello, J., “La cláusula antiabuso del régimen fiscal de fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg BV”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2010 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2757/documento/art03.pdf?id=2544&forceDownload=true>; última consulta 06/03/2023).

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de mayo de 2010. Zwijnenburg BV y Staatssecretaris van Financië. Asunto C-352/08.

A modo introductorio, muy brevemente se expondrá el contexto y los antecedentes de hecho del caso.

Zwijnenburg pretendía llevar a cabo una transmisión progresiva de tal forma que fuese una operación que quedaría exenta al tratarse de una fusión. Así, solicitó a la Administración tributaria la confirmación de la exención de ambas operaciones. Sin embargo, el inspector lo desestimó entendiendo que el objetivo de las operaciones no era otro que eludir o transferir la tributación.

La importancia de esta sentencia se debe a que el Tribunal europeo ha de interpretar si las disposiciones de la Directiva europea aplicable y, por tanto, las ventajas recogidas en la misma, se puede extender a un impuesto que no está explícitamente establecido en la Directiva.

Como ya estableció el Tribunal en la sentencia Leur-Bloem -y en muchas otras-, el mismo resulta competente para resolver el caso puesto que se trata de una interpretación del Derecho comunitario para resolver un conflicto de un Estado miembro. Así, el Tribunal se pronunció sobre la cuestión planteada anteriormente.

En este caso, el órgano judicial nacional extendió las ventajas fiscales de la Directiva a situaciones únicamente nacionales, de manera que las operaciones intercomunitarias y nacionales ostentaran el mismo régimen fiscal. Con ello se consigue, a priori, la no discriminación entre Estados debida a las diferentes legislaciones nacionales existentes. De ahí la competencia del Tribunal europeo puesto que al interpretar este tipo de cuestiones evita futuros conflictos de interpretación.

Así las cosas, el órgano judicial europeo ha de resolver si un sujeto pasivo puede beneficiarse de las ventajas fiscales contenidas en la Directiva al realizar una operación de fusión, pero que en la misma haya creado un “montaje jurídico” para no pagar un impuesto no contenido en dicha Directiva -en este caso, el impuesto referido es el de Transmisiones-.

Como introduce la legislación europea, los Estados miembros son competentes para inaplicar el régimen fiscal especial establecido en la Directiva cuando las operaciones realizadas tengan como uno de sus fines esenciales la evasión o fraude fiscal que, presuntamente, es el caso concreto. Sin embargo, aunque parezca ser que el sujeto pasivo persigue esa evasión fiscal, la realidad es que el impuesto que pretende evadir no está recogido en la Directiva europea. Por tanto, entiende el Tribunal que, aunque sí que pueda existir esa finalidad de evasión, la Directiva ha de interpretarse de manera restrictiva (y estricta) y, de este modo, solamente puede ser aplicable a los impuestos que se devengan en las operaciones de reestructuración que estén explícitamente incluidos en la Directiva.

En la propia sentencia el TJUE también añade, novedosamente, que la inaplicación del régimen fiscal especial se justifica en el fraude o evasión fiscal como objetivo principal de una reestructuración empresarial, no en la motivación fiscal que pueda tener dicha operación. Es decir, el Tribunal defiende que pueda existir una motivación fiscal a la hora de realizar una operación de fusión siempre y cuando el objetivo principal no sea la evasión fiscal pues en este último caso sí sería ilegítimo.

El TJUE, como se ha mencionado antes, ha resuelto numerosas cuestiones sobre la interpretación de la Directiva 90/434/CEE. Otro de ellos, y de especial relevancia también, es el **caso Foggia**⁶⁵ (C-126/10), relacionado con la determinación de la existencia de motivos económicos válidos conforme al artículo 11, apartado a), de la Directiva 90/434/CEE.

Este caso presente trata de una operación de fusión realizada en el año 2003 por la que la sociedad Foggia-SGPS absorbió tres sociedades de su mismo grupo. Tras esta transacción, la sociedad solicitó la deducción de pérdidas; solicitud aceptada en dos de las tres sociedades absorbidas. Esta última no fue aceptada al no percibirse ningún interés económico para ella. Así las cosas, el Tribunal nacional competente suspendió el procedimiento y elevó una cuestión prejudicial al TJUE sobre dicha interpretación.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 10 de noviembre de 2011. Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA y Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. Asunto C-126/10.

En esta sentencia, por tanto, el Tribunal europeo ha de interpretar una cuestión prejudicial acerca de si las pérdidas fiscales obtenidas por una operación de fusión entre empresas del mismo grupo son susceptibles de deducción. Para ello, se ha de determinar si dicha operación de reestructuración ha sido realizada por un motivo económico válido o si, en caso contrario, se ha realizado para obtener una ventaja fiscal y, por tanto, no tendrían cabida los beneficios establecidos en la Directiva aplicable.

Nuevamente, a pesar de ser una cuestión únicamente nacional acerca de una normativa interna, lo cierto es que para resolver tal conflicto interno es necesaria la interpretación del Derecho comunitario, por lo que resulta competente, una vez más, el Tribunal europeo para pronunciarse sobre la cuestión planteada, tal y como se ha establecido en las sentencias anteriores ya estudiadas. Además, entiende el Tribunal que existe conexión entre la normativa europea y el caso nacional puesto que la cuestión prejudicial trata sobre el término de “motivos económicos válidos”, es decir, el alcance del concepto y su compatibilidad con el Derecho interno. Se ha añadir, en este sentido, que si bien el Tribunal europeo no es el competente para declarar tal compatibilidad -pues corresponde a los órganos judiciales internos- sí está facultado para proporcionar criterios y su interpretación a dichos órganos nacionales.

Para su resolución, el Tribunal señala que, una vez más, los motivos por los que se realizan este tipo de operaciones son esenciales para determinar si los Estados miembros pueden aplicar la cláusula antiabuso de la Directiva y no conferir los beneficios de la misma a los sujetos pasivos. Asimismo, se reitera la idea de que los motivos económicos exceden del simple concepto de ventaja fiscal, por lo que se ha de analizar globalmente el caso en cuestión.

De esta forma, la jurisprudencia europea evoluciona en la delimitación del concepto de “motivo económico válido” e interpreta que una operación de fusión -u otra de las referidas en la Directiva 2009/133/CEE- puede tener distintos objetivos, entre los que uno de ellos sea obtener una ventaja fiscal, y aun así apreciar al existencia de un motivo económico válido. Ahora bien, el objetivo de índole fiscal no puede ser el principal pues

de lo contrario se entiende que no existe tal motivo económico y, por lo tanto, puede ser presunción de fraude o evasión fiscal como establece el artículo 11 de la norma europea.

Por tanto, para determinar cuál es el objetivo u objetivos principales de la operación, las autoridades nacionales han de realizar un examen global en el que, a modo orientativo, establece el Tribunal que han considerar componentes como la fecha en la que se realiza la operación, las actividades ejercitadas por las sociedades o las pérdidas producidas.

En este caso, entiende el TJUE -estableciendo una nueva delimitación- que, absorber a una entidad sin actividades económicas y sin aportación de su activo a la absorbente no se traduce en una fusión realizada por motivos económicos válidos. Así pues, como ordena el artículo 15 de la Directiva, la “reestructuración o racionalización” de sociedades constituyen un motivo económico válido y que, por tanto, este caso se ha interpretar según este artículo.

De esta forma, como las pérdidas son tan elevadas y, por tanto, el ahorro fiscal que se pretende conseguir también, el Tribunal no lo interpreta como una reducción de gastos de administración y/o gestión. En este sentido, el TJUE señala que, de interpretarlo de manera contraria, es decir, que todo ahorro es una reducción de dichos gastos sin considerar otros fines perseguidos por la operación, dejaría sin efecto a la cláusula antiabuso de la Directiva pues no se aplicaría nunca.

En conclusión, el Tribunal establece jurisprudencia indicando que, en una fusión por absorción entre empresas de un mismo grupo, si la entidad absorbida no ejerce ninguna actividad y solo transmite sus pérdidas -de gran importe- a la absorbente, no se entiende realizada por motivos económicos válidos. Cuestión distinta es si dicha fusión comprende fraude o evasión fiscal, cuyo análisis corresponde a la autoridad nacional competente.

A continuación, para seguir con la evolución jurisprudencial del TJUE, se expondrán distintas sentencias más actuales al respecto. Así, se encuentra el **caso Marc Jacob**⁶⁶ (C-

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 22 de marzo de 2018. Marc Jacob y Ministre des Finances et des Comptes publics. Asunto C-327/16.

327/16), el cual es un caso nacional, pero que para su resolución necesita de la interpretación del Derecho comunitario una vez más, en concreto, de la Directiva sobre fusiones. Se trata, de una manera más detallada, de la interpretación del artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE, el cual recoge el tratamiento fiscal -diferimiento del pago fiscal- que se les da a los socios en caso de existir una operación de reestructuración; en este caso, de una fusión⁶⁷. En la misma línea, se encuentra el **caso Marc Lassus**⁶⁸ (C-421/16) en el que el contexto es prácticamente igual que el anterior, por lo que el TJUE acumuló ambos supuestos para ofrecer una misma sentencia que resuelve los dos asuntos de la misma manera.

En el asunto C-327/16, recuerda el Tribunal su competencia para pronunciarse sobre el asunto a pesar de ser un supuesto no directamente contenido en la aplicación del Derecho comunitario. Sin embargo, al consistir en un caso en el que se ha de interpretar el Derecho de la Unión y para impedir que ocurran futuros conflictos de, principalmente, interpretación, el TJUE considera que tiene competencia para pronunciarse. Asimismo, otra razón más por la que se declara competente es que el litigio nacional se ha suspendido para que se resuelva por la interpretación de la Directiva ya mencionada.

En el asunto C-421/16, de manera paralela, el Tribunal declara, no solo que es competente, sino que es aplicable la Directiva en cuestión puesto que las autoridades nacionales entendían que la norma europea no era aplicable, pero el TJUE entiende lo contrario. Así, el Tribunal establece nueva jurisprudencia indicando que la Directiva sobre fusiones no sólo es aplicable en aquellos casos en los que los socios tengan su domicilio fiscal en el mismo Estado donde se encuentren las sociedades que participan en la fusión, sino que extiende su aplicación a otros casos independientemente del domicilio fiscal de los socios.

La jurisprudencia europea indica, en ambos asuntos, la importancia de seguir el tratamiento de neutralidad fiscal de las operaciones de reestructuración, de tal manera que

⁶⁷ Artículo 8, apartado 1, de la Directiva 90/434/CEE.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 22 de marzo de 2018. Marc Lassus y Ministre des Finances et des Comptes publics. Asunto C-421/16.

el canje de valores no tiene que significar la tributación de la plusvalía⁶⁹. Ahora bien, los Estados miembros han de estar protegidos y se ha de respetar su normativa fiscal, por lo que la Directiva les faculta para ostentar medidas que les permita proteger su legislación fiscal y gravar las plusvalías posteriormente.

Así, el Tribunal señala, por un lado, una expansión en el ámbito de la aplicación de la Directiva y, por otro lado, establece la necesidad de respetar la neutralidad fiscal en las operaciones de fusión, así como el derecho a gravar las plusvalías que posteriormente tienen los distintos Estados miembros.

Otro asunto muy relevante para el estudio jurisprudencial es el **caso Europark**⁷⁰ (C-14/16). La importancia de esta sentencia reside en la interpretación, nuevamente, del artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE de una manera más novedosa y actual.

El supuesto, muy brevemente, consiste en la negación por parte de la Administración tributaria nacional de la aplicación del régimen fiscal de diferimiento de plusvalías en una operación de fusión por absorción debido a la apreciación de evasión fiscal en lugar de existir un motivo económico válido que justificara dicha operación.

En este asunto presente, el Tribunal ha de resolver una cuestión muy relevante no sólo para este caso sino para futuros. En el mismo, el TJUE ha de pronunciarse sobre si el Derecho comunitario es competente para determinar si una legislación nacional es compatible con la europea en el concreto caso del artículo 11 de la Directiva, pues el mismo concede competencia a los Estados miembros para inaplicar el régimen fiscal.

⁶⁹ Sanz Gadea, E. “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial”. *Ministerio de Hacienda y Función Pública*, 2022 (disponible en https://udimundus.udima.es/bitstream/handle/20.500.12226/1123/2022_01.pdf?sequence=1&isAllowed=y; último acceso 15/03/2023).

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 8 de marzo de 2017. Euro Park Service y Ministre des Finances et des Comptes publics. Asunto C-14/16.

La jurisprudencia europea recuerda que el mencionado artículo solamente permite a los Estados miembros inaplicar el régimen fiscal especial en aquellas operaciones realizadas por fraude o evasión fiscal. Así, son los propios Estados los competentes en decidir si la inexistencia de motivos económicos válidos constituye una presunción de dicho fraude o evasión. Asimismo, reconoce que el Tribunal no es competente para establecer medidas para aplicar el artículo 11, sino que esa facultad corresponde a los Estados.

De manera novedosa, el TJUE establece que el mencionado artículo 11, apartado 1, letra a) no tiene como fin último conseguir una “armonización exhaustiva”, tal y como se indica en el apartado 26 de la sentencia. Simplemente, el Derecho comunitario estudia si una normativa nacional es compatible con el Derecho de la Unión si dicha norma es de transposición.

El Tribunal también menciona la aplicabilidad de la Directiva en aquellas fusiones transfronterizas pues entiende que son aquellas necesarias para llevar a cabo un mercado interior real.

En el mismo asunto, el TJUE interpretó a su vez la compatibilidad de los requisitos establecidos por la legislación francesa para aplicar el régimen fiscal especial con la propia Directiva. Así, el Tribunal entendió que si bien los Estados son los encargados de establecer normas que impidan el fraude o evasión fiscal, estas han de seguir el principio de proporcionalidad, lo que puede ser examinado por el Derecho comunitario. De hecho, el Tribunal sí examina las medidas aplicables por el Derecho francés, pues establece que no son compatibles con la Directiva ya que trataban de que el contribuyente demostrase la concurrencia de un motivo económico válido. Además, la norma francesa establecía una presunción general de fraude fiscal si no apreciaba un motivo económico válido, lo que el Tribunal declaró incompatible con la Directiva.

Se han de destacar dos pronunciamientos más del TJUE que han sido acumulados. Por un lado, se encuentra el **caso Diester Holding AG**⁷¹ (C-504/16) y, por otro lado, el **caso Juhler Holding AS**⁷² (C-613/16).

Estos dos asuntos acumulados, a pesar de estar más relacionados con la Directiva 90/435/CEE⁷³, lo cierto es que el TJUE se pronuncia sobre las normas nacionales relacionadas con el fraude y evasión fiscal, así como menciona también la apreciación de los motivos económicos válidos de una operación, por lo que es interesante de estudiar.

En concreto, el Tribunal analiza las normas antielusivas de los Estados miembros. Entiende que una norma aprobada para impedir la existencia de fraude o evasión fiscal no puede contener una “presunción general” de dicho comportamiento fraudulento, sino que ha de tener como objetivo eliminar “montajes artificiales” que crean los contribuyentes para eludir la carga fiscal. Asimismo, también recuerda el TJUE la importancia de observar los fines de las Directivas europeas a la hora de aprobar normas nacionales de esta índole.

Se vuelve a remarcar en esta sentencia la obligación de los Estados miembros de realizar un examen global de la operación de reestructuración en cuestión para determinar si existe fraude o evasión fiscal en la misma, es decir, se ha de analizar cada caso concreto de manera individual.

Por último, el Tribunal establece jurisprudencia muy importante para el presente estudio realizado en el trabajo. Así, el mismo entiende que aquella normativa nacional que permita que la Administración tributaria respectiva no presente ningún tipo de prueba acerca de la inexistencia de motivos económicos válidos de una operación constituye una presunción general de fraude o evasión fiscal, lo que es totalmente contrario al fin de la

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 20 de diciembre de 2017. Diester Holding AG y Bundeszentralamt für Steuern. Asunto C-504/16.

⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 20 de diciembre de 2017. Juhler Holding AS y Bundeszentralamt für Steuern. Asunto C-613/16.

⁷³ Directiva 90/935/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

Directiva sobre matrices y filiales, pero que es extrapolable a la Directiva 2009/133/CEE sobre fusiones, norma europea -ya estudiada- objeto del trabajo.

Finalmente, se expondrán dos casos recientes, de septiembre de 2019, que son acumulados por decisión del Tribunal de Justicia al ser dos asuntos paralelos y similares entre sí. El primero de ellos es el **caso AQ**⁷⁴ (C-662/18); el segundo es el **caso DN**⁷⁵(C-672/18). Aunque no se refieran directamente a la apreciación de motivos económicos válidos, resulta interesante su estudio puesto que el Tribunal se pronuncia acerca de la aplicación del régimen fiscal especial a plusvalías generadas en un canje.

En cuanto al contexto del caso, muy brevemente, se llevó a cabo una operación de canje de valores cuya tributación fue la contenida en el régimen de neutralidad, de tal forma que la plusvalía generada en la operación fue diferida. Este supuesto ocurre en la jurisdicción francesa, coincidiendo con una nueva normativa nacional, la cual reducía el tratamiento de las plusvalías al período de tenencia de las acciones enajenadas. Así, como en el momento de la generación de la plusvalía no estaba en vigor esta nueva normativa, entendieron los tribunales nacionales que solamente era de aplicación para la plusvalía que había ocurrido entre el canje y la venta de acciones.

Así, se elevó una cuestión prejudicial al TJUE preguntando si dicha actuación por parte de la autoridad judicial francesa era acorde a la Directiva 2009/133/CEE sobre operaciones de reestructuración.

En este caso, el Tribunal interpreta que no era conforme a la normativa europea puesto que las nuevas acciones han de mantener el “coste y antigüedad” de las anteriores a las que sustituyen⁷⁶. Así, entiende el TJUE que ha de aplicarse el mismo régimen fiscal de diferimiento a toda la plusvalía generada, sin diferencia los nuevos títulos.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava), de 18 de septiembre de 2019. AQ y Ministre de l'Action et des Comptes publics. Asunto C-662/18.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava), de 18 de septiembre de 2019. DN y Ministre de l'Action et des Comptes publics. Asunto C-672/18.

⁷⁶ Abad, E. “La plusvalía generada en un canje y sujeta a tributación diferida debe disfrutar del régimen de tributación existente en el momento de la ulterior transmisión de las participaciones”. *Newsletter Tributario. Garrigues Comunica*, 2019 (disponible en

Por último, cabe explicar una última sentencia de nuestro **Tribunal Supremo del 16 de noviembre de 2022: STS 1503/2022**⁷⁷. A pesar de ser jurisprudencia nacional, lo cierto es que el Tribunal Supremo en esta sentencia tan reciente se refiere, a la hora de resolver la cuestión, a la jurisprudencia realizada por el TJUE, por lo que viene a ser muy útil para el presente trabajo.

En cuanto al contexto de la situación, persona física es acusada de cometer un delito contra la Hacienda Pública debido al establecimiento de operaciones para dejar de tributar el IVA correspondiente de los años 2005 al 2007 a la Hacienda Pública, es decir, por ahorro fiscal. Para ello, diseñó una estructura de empresas con el fin de crear el IVA soportado y compensar, de esta forma, el IVA repercutido a sus clientes.

En la presente sentencia se encuentran diversas cuestiones a resolver. Algunas de ellas son de carácter puramente procesal que no vienen al caso. Simplemente señalar que se tratan de dos recursos de casación, ambos con interés casacional objetivo y, por tanto, tienen cabida en el Tribunal Supremo.

La tercera cuestión, también de interés casacional, es el relativo los motivos económicos válidos en operaciones de reestructuración. Concretamente, se discute si dos escisiones realizadas en el ámbito de una operación de reestructuración de un grupo empresarial exigen la existencia de un motivo económico válido propio e independiente del establecido para la operación de reestructuración general del grupo en cuestión. Es decir, se intenta resolver una de las tareas que más complicaciones conlleva en el ámbito fiscal que es la de interpretar adecuadamente la cláusula antiabuso del régimen fiscal especial establecido en la LIS en su Capítulo VII.

https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-tributario-octubre-2019-sentencias; última consulta 15/03/2023).

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2022, 1503/2022. Sala Contencioso-Administrativo. Rec. 89/2018.

Dicha cláusula señala la inaplicación del régimen fiscal especial en aquellos casos en los que la operación de reestructuración que se ha realizado persiga, principalmente, un resultado contrario a la Ley: el fraude o evasión fiscal. De hecho, la legislación nacional (como ya se ha visto) establece la inexistencia de motivos económicos válidos como un factor para interpretar ese fin fraudulento o elusivo. Es, por tanto, una cláusula análoga al artículo 15, apartado a), de la Directiva 2009/133/CEE.

Se trata, por consiguiente, de un caso muy similar a las sentencias europeas ya estudiadas (caso *Leur-Bloem*, caso *Zwijnenburg*, caso *Foggia*). De ahí la importancia de la jurisprudencia europea en este ámbito, pues los órganos judiciales nacionales han de tener siempre presente los pronunciamientos e interpretaciones del Tribunal europeo.

El Tribunal Supremo se pronuncia conforme a los criterios del TJUE en esta materia, es decir, sobre cómo se debe interpretar dicha cláusula antiabuso a la luz de la jurisprudencia europea. Así pues, el Alto Tribunal establece que lo que determina la aplicación de la cláusula no es la inexistencia de un motivo económico válido en sí, sino saber la finalidad de las operaciones de reestructuración realizadas, esto es, debatir en si ésta es elusiva o abusiva o no pues, en caso afirmativo, existe una presunción de fraude o evasión fiscal. Ahora bien, como reitera tanto la jurisprudencia nacional como la europea, la existencia de una ventaja fiscal no implica automáticamente la aplicación de la cláusula antiabuso. Asimismo, el Tribunal Supremo defiende que son las autoridades competentes las encargadas del análisis de la operación en cuestión para determinar la finalidad, tal y como establece el TJUE (caso *Zwijnenburg*). Por tanto, es obligación de la Administración tributaria probar la inexistencia de motivos económicos válidos, así como pruebas que parezcan acarrear indicios de fraude o evasión fiscal.

En conclusión, señala el Tribunal Supremo, en conformidad con el TJUE, la posibilidad de la economía de opción de los contribuyentes para organizar sus operaciones de tal modo que suponen una ventaja fiscal siempre y cuando las operaciones tengan como objetivo principal un fin legítimo de reestructuración. Este pronunciamiento tan reciente resulta bastante beneficioso para los contribuyentes pues se les permite la utilización de la economía de opción en sus operaciones.

5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Expuestas algunas de las sentencias más relevantes del TJUE acerca de la delimitación del concepto de motivo económico válido, así como de la interpretación del artículo 11, apartado a) de la Directiva 90/434/CEE, ahora Directiva 2009/133/CEE, cabe destacar los aspectos más importantes a modo de síntesis que se pueden extraer de dichos pronunciamientos.

En primer lugar, el TJUE establece una especie de reserva⁷⁸ a los Estados miembros para que éstos sean los competentes en declarar, no solo si la cláusula antiabuso aplica en sus ordenamientos internos, sino también el análisis que se ha de llevar a cabo a la hora de determinar si existe o no fraude o evasión fiscal (*caso Leur-Bloem*). Ahora bien, es el propio Tribunal el que señala los requisitos necesarios para la posible aplicación de dicha cláusula: un elemento subjetivo y otro objetivo (*caso Emlands-Stärke*). Para este último, la jurisprudencia europea entiende que han de probarse los fines de la norma para concluir si la operación realizada por el contribuyente efectivamente es contraria a la misma por buscar únicamente una ventaja fiscal. Cumpliéndose este objetivo, el órgano nacional competente también tiene que observar si el contribuyente ha conseguido esa ventaja de una manera artificial que él mismo ha creado pues, de este modo, se entiende que se ha de aplicar la cláusula antiabuso.

Por tanto, es necesario que el contribuyente tenga como intención u objetivo el fraude o evasión fiscal y, a su vez, que esa intención u objetivo sea la finalidad principal o una de las principales de la operación realizada. Se presumen cumplidos los dos requisitos anteriores si existe ausencia de motivos económicos válidos.

En segundo lugar, el TJUE ha sido tajante y restrictivo a la hora de aplicar la cláusula antiabuso en impuestos no recogidos en la Directiva. Así, el Tribunal dictamina que únicamente pueden acogerse a las ventajas que presenta la Directiva aquellos impuestos establecidos en la misma (*caso Zwijnenburg*).

⁷⁸ Soto López, D., “La cláusula antiabuso del régimen fiscal especial de reestructuraciones”. *Crónica Tributaria*, num. 157/2015 (181-206), 2015 (disponible en <https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/157.pdf#page=181>; última consulta 06/03/2023).

Con ello, cabe entender que la Directiva se dirige únicamente a evitar prácticas abusivas en relación con los impuestos directos -en el caso de España, IRPF e IS-. De ello se deriva la posibilidad, por tanto, de crear sociedades con el fin de evadir otros impuestos diferentes que no estén recogidos en el Derecho europeo. Ahora bien, el TJUE deja claro que con el impuesto indirecto IVA no sucede así (*caso Halifax*), lo que resulta algo contradictorio.

Caso distinto es la aplicabilidad según la residencia fiscal del contribuyente, pues en este caso el Tribunal sí extiende el ámbito de la Directiva a aquellos socios que fiscalmente residan en un Estado miembro distinto al que pertenezcan las sociedades participantes en la operación (*casos Jacob y Lassus*).

En tercer lugar, el órgano judicial europeo se ha referido, a la hora de delimitar el concepto de fraude o evasión fiscal, a “*el concepto de motivos económicos válidos va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal*” (*caso Leur-Bloem*). Esto es, se exige que esa ventaja fiscal no sea el objetivo principal de la operación de reestructuración, pues en caso contrario estamos ante la ausencia de tales motivos económicos válidos. De hecho, el Tribunal se reafirma indicando que una operación de tales características podría ser perfectamente legal y realizada por un motivo económico válido si, teniendo varios objetivos siendo uno de ellos la obtención de una ventaja fiscal, existan otros que tengan como finalidad principal una reestructuración o una racionalización de actividades (*caso Foggia*). Ello conlleva a realizar un análisis individualizado de cada caso concreto y de cada objetivo que se persiga para determinar la ausencia o existencia de motivos económicos válidos (*caso Europark*).

En la misma línea, establece el TJUE la contrariedad que supondría con el Derecho comunitario la aprobación de una norma nacional en la que la Administración tributaria competente no esté obligada a presentar pruebas acerca de la inexistencia de motivos económicos válidos. Este supuesto lo considera una “presunción general de fraude o evasión fiscal”, contrario a la Directiva (*casos Diester y Juhler*).

En cuarto lugar, la jurisprudencia europea ha entendido que son los Estados miembros los que han de establecer en sus respectivos ordenamientos jurídicos las normas y medidas necesarias para aplicar el artículo 15 de la Directiva. Así, entiende que dicho artículo no trata de conseguir una “armonización exhaustiva” para los Estados. El Derecho comunitario solamente puede estudiar si hay compatibilidad entre la norma de transposición nacional y la Directiva (*caso Europark*).

Por último, cabe señalar que, a pesar de la existencia de una Directiva europea cuya finalidad es, entre otras, evitar las prácticas abusivas y, así, el fraude o evasión fiscal, lo cierto es que, como se ha podido comprobar, existe mucha controversia acerca de su aplicación. En particular, de la cláusula antiabuso contenida a ella debido, principalmente, a la ausencia de una definición de motivo económico válido. Por este motivo, la jurisprudencia ha llevado a cabo una larga labor para intentar acercarse a dicho concepto y delimitarlo. De hecho, la jurisprudencia no termina de ser firme y contundente en sus pronunciamientos, pues tal y como se ha podido observar, en algunas sentencias muestra una interpretación más restrictiva mientras que en otras más extensiva.

Así las cosas, sería muy acertado que el legislador europeo establezca, al menos, unos principios básicos dentro de este ámbito para que se siguiera una única perspectiva y se consiguiera mayor seguridad jurídica, uno de los principios generales del Derecho comunitario⁷⁹.

6. CONCLUSIONES

La idea del legislador europeo siempre ha sido facilitar la creación de un verdadero mercado interior dentro de la Unión Europea y favorecer la igualdad entre los Estados miembros que la componen. Ya en 1990, con la Directiva 90/434/CEE quiso ofrecer un tratamiento especial a las operaciones de reestructuración entre empresas intracomunitarias con el fin de ayudarles en la toma de decisiones y de eliminar los posibles obstáculos que pudieran encontrar en tales operaciones ocasionadas por las diferentes legislaciones fiscales de los distintos Estados miembros. Para ello, introdujo

⁷⁹ Fajardo del Castillo, T. “Principios del Derecho comunitario y la aplicación judicial en España en los años 2003 y 2004”. *Revista de Derecho comunitario europeo*. Dialnet Uniroja, 2006.

un régimen de neutralidad fiscal consistente en el diferimiento del pago fiscal originado por las operaciones ejecutadas, con el requisito principal de existir un motivo económico válido que justificara la operación.

En España se ha querido ir en línea con la legislación europea, por lo que ya con la Ley 29/1991 se traspuso la Directiva anteriormente mencionada. Sí es cierto que existió un período temporal en el que la normativa nacional no fue igualitaria a la europea por no introducir en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de motivo económico válido como sí introdujo desde un primer momento la norma europea. Aun así, el legislador español, para poder adecuarse mejor a la legislación comunitaria, hizo referencia a ese específico término en la Ley 14/2000.

Sin embargo, parece que ni el legislador europeo ni el español han querido especificar qué debe entenderse por motivo económico válido dando cierta inseguridad jurídica a la cláusula antiabuso que ambos establecen. Dicha cláusula antiabuso se introdujo con el fin de que el régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración no fuese un incentivo fiscal para las empresas y, por tanto, para que no se dieran casos de fraude o evasión fiscal.

Correspondió, por tanto, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la labor de delimitar el concepto de motivo económico válido, así como dar criterios e interpretaciones a los órganos judiciales nacionales de los Estados miembros para aplicarlos en los respectivos casos internos. El Tribunal europeo, en sus distintos pronunciamientos, ha otorgado a los Estados miembros la potestad para determinar ellos mismos si existe, en un caso determinado, fraude o evasión fiscal. Para ello, señala el Tribunal que ha de apreciarse una ventaja fiscal como último fin de una operación, lo que implica una presunción de ausencia de motivos económicos válidos. Una importante delimitación que realiza el TJUE en este sentido es que los distintos Estados miembros no pueden establecer una presunción general de fraude o evasión fiscal, sino que cada caso ha de estudiarse de manera global y detallada para poder determinar los objetivos principales del mismo.

Señala, a su vez, la aplicación restrictiva de la Directiva sobre fusiones pues entiende que únicamente puede ser aplicable a aquellos impuestos que están recogidos explícitamente en la Directiva.

Por último, se ha de mencionar que el Tribunal europeo no entiende la Directiva como una armonización exhaustiva pues corresponde a los Estados miembros, a través de sus distintas legislaciones, determinar la existencia de motivos económicos válidos, lo que deja claro el TJUE a lo largo de sus pronunciamientos ya que en ninguna sentencia define de manera clara y contundente dicho concepto.

7. BIBLIOGRAFÍA

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 (BOE 20 de agosto de 1990).

Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (BOE 20 de agosto de 1990).

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 (BOE 25 de noviembre de 2009).

Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas (BOE 17 de diciembre de 1991).

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 24 de marzo de 1995).

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de diciembre de 1995).

Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 30 de diciembre del 2000).

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE 4 de abril de 2009).

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

Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE 27 de diciembre de 1989).

Jurisprudencia

Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, V2061-19, de 7 de agosto de 2019.

Sentencia de Justicia, de 17 de julio de 1997. Leur-Bloem y Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. Asunto C-28/95.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de febrero de 2006. Halifax, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd y Commissioners of Customs & Excise. Asunto C-255/02.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de marzo de 2006. Emsland-Stärke y Landwirtschaftskammer Hannover. Asunto C-110/99.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de julio de 2007. Hans Markus Kofoed y Skatteministeriet. Asunto C-321/05.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de mayo de 2010. Zwijnenburg BV y Staatssecretaris van Financië. Asunto C-352/08.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2011. Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. Asunto C-126/10.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de abril de 2013 (Gran Sala). Comisión Europea contra Irlanda. Asunto C-85/11.

Sentencia del Tribunal de Justicia, 25 de abril de 2013. Comisión Europea contra Reino Unido e Irlanda del Norte. Asunto C-86/11.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 22 de marzo de 2018. Marc Jacob y Ministre des Finances et des Comptes publics. Asunto C-327/16.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 22 de marzo de 2018. Marc Lassus y Ministre des Finances et des Comptes publics. Asunto C-421/16.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 8 de marzo de 2017. Euro Park Service y Ministre des Finances et des Comptes publics. Asunto C-14/16.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 20 de diciembre de 2017. Diester Holding AG y Bundeszentralamt für Steuern. Asunto C-504/16.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 20 de diciembre de 2017. Juhler Holding AS y Bundeszentralamt für Steuern. Asunto C-613/16.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava), de 18 de septiembre de 2019. AQ y Ministre de l'Action et des Comptes publics. Asunto C-662/18.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava), de 18 de septiembre de 2019. DN y Ministre de l'Action et des Comptes publics. Asunto C-672/18.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2012, 2356/2012. Rec. 3777/2008.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2016. Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Núm. Rec. 3742/2015. Núm. Res. 2508/2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2017. Sala de lo Contencioso. Núm. Rec. 435/2016. Núm. Res. 330/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2022, 1503/2022. Sala Contencioso-Administrativo. Rec. 89/2018.

Otras fuentes

Abad, E. “La plusvalía generada en un canje y sujeta a tributación diferida debe disfrutar del régimen de tributación existente en el momento de la ulterior transmisión de las participaciones”. *Newsletter Tributario. Garrigues Comunica*, 2019 (disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-tributario-octubre-2019-sentencias; última consulta 15/03/2023).

Agencia Tributaria, “Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea”, *Sede de la Agencia Tributaria*, 2022, (disponible en <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/impuesto-sobre-sociedades/brexit/regimen-especial-fusiones.html>; última consulta 02/03(2023).

Delgado Pacheco, A., “Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea”, *Universidad Autónoma de Madrid*, 2014.

Díaz Romero, R., “Economía de opción, elusión y evasión de las contribuciones”, *Lecturas Jurídicas*, número 27, 2014 (disponible en [49](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/38885076/Lecturas_Juridicas_27-libre.pdf?1443159034=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEL_DERECHO_DE_DEFENSA_TECNICA_DE_LOS_IND.pdf&Expires=1678108944&Signature=KLg7QmgsBfPvoQgr9Z6QecES5InPw51TpS1h8s69nDO~pb-Tc5zh~YJv6SjG-qFjkQ0NID7fuuatFYzEhLnfdtr2Ua5KLFoHf5Rr2zQGAhtXV9b5GrarEE7rB5GRYe2N-8K7V9lJurV23clRF4CNUQksVJeNvfGqnnK9ORVtTASwIXpHh7t-gYmrbg3M44kt92lV28zz0ASYQ5vpTv5zHfp0dMVgP8cusDexHi0~rZCNulgDOvAQ Rd2dT4TFVpErNkUjcl-HBg8P4AZDFNA1MYAzPSPc4NP4fAhC4xS0tL9etXwJgY7HF9BGJ7qNfhdM85bLGrMKyCVval6Z8b7Q__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=16; última consulta 06/03/2023).</p></div><div data-bbox=)

Expansión. “Diccionario Económico: ventaja fiscal”, *Expansión*, 2023 (disponible en <https://www.expansion.com/diccionario-economico/ventaja-fiscal.html>; última consulta 20/03/2023).

Fajardo del Castillo, T. “Principios del Derecho comunitario y la aplicación judicial en España en los años 2003 y 2004”. *Revista de Derecho comunitario europeo. Dialnet Uniroja*, 2006.

Fernández-Velilla, J.A., “La propuesta de modificación del régimen fiscal aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial intracomunitarias: apuntes y reflexiones a la luz de la normativa de transposición española”. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 2004. (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1139/documento/art04.pdf?id=2024&forceDownload=true>; última consulta 02/03/23).

García-Torres, M.J., “*Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades*”, Quincena Fiscal Aranzadi, 2019.

González-Maneses, M., Álvarez, S., *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Dykynson, 2011.

López Tello, J., “La cláusula antiabuso del régimen fiscal de fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2010 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2757/documento/art03.pdf?id=2544&forceDownload=true>; última consulta 06/03/2023).

Mascareñas Pérez-Íñigo, J., *Fusiones, adquisiciones y valoración de empresas*. Editorial del Economista. Sexta Edición, 2019.

Ministerio del Interior. *Estados del Espacio Económico Europeo (EEE)*. 2022 (disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/ca/servicios-al-ciudadano/tramites-y->

[gestiones/extranjeria/control-de-fronteras/estados-del-espacio-economico-europeo-eee/](#); última consulta 02/04/2023).

McCann, J.E. y Gilkey, R. *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Díaz de Santos S.A., 1990.

Navas, J., “Las fusiones o adquisiciones tienen un objetivo central: la creación de valor”. *Página web de PwC*, 2021 (disponible en <https://www.pwc.es/entrevistas-de-temas-de-interes/las-fusiones-o-adquisiciones-tienen-un-objetivo-central-la-creacion-de-valor.html#:~:text=El%20objetivo%20principal%20de%20una,mediano%20y%20Fo%20largo%20plazo.>; última consulta 1/03/2023).

Pita Grandal, A.M., y Aneiros Pereira, J., “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica Tributaria – Economistas.es*, Universidad de Vigo, 2012 (disponible en https://www.economistas.es/Contenido/REAF/CronicaTributaria/144/144_Pita.pdf ; última consulta 04/03/2023).

Ruiz Almendral, V., y Seitz, G., “El Fraude a la Ley Tributaria (Análisis de la norma española con ayuda de experiencia alemana)”, *Universidad Carlos III de Madrid, Biblioteca*, 2004 (disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9761/fraude_ruiz_RCT_2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta 04/03/2023).

Ruiz Ballesteros y Abogados, “¿Qué motivos económicos válidos pueden justificar una operación de canje de valores? *Página web de Ruiz Ballesteros y Abogados*, 2020. (Disponible en <https://www.ruizballesteros.es/que-motivos-economicos-validos-pueden-justificar-una-operacion-de-canje-de-valores/>; última consulta 8/02/2023).

Sanz Gadea, E. “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial”. *Ministerio de Hacienda y Función Pública*, 2022 (disponible en

https://udimundus.udima.es/bitstream/handle/20.500.12226/1123/2022_01.pdf?sequence=1&isAllowed=y; último acceso 15/03/2023).

Silva López, A., “Los motivos económicos válidos en las operaciones de reestructuración empresarial”. *Repositorio Comillas*, 2020.

Soto López, D., “La cláusula antiabuso del régimen fiscal especial de reestructuraciones”. *Crónica Tributaria*, num. 157/2015, 2015, (disponible en <https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/157.pdf#page=181>; última consulta 8/02/2023).

Vives, F., Apuntes de la asignatura Fundamentos de Derecho Mercantil, Universidad Pontificia Comillas, Facultad de Derecho, curso académico 21-22. “Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades”.

