



FACULTAD DE DERECHO

CUESTIONES SOBRE LAS ESCISIONES EN EL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

Autor: Jacobo Jiménez Meirás

5º E3- B

Derecho Financiero y Tributario

Tutor: Pablo Andrés Hernández González-Barreda

Madrid
Junio 2017

RESUMEN

Desde que comenzó a aplicarse el régimen fiscal especial en algunas reestructuraciones empresariales se ha discutido ampliamente sobre los límites que deben utilizarse para considerar si una operación puede adherirse a dicho régimen o no.

Estamos ante un concepto que proviene del Derecho comunitario, precisamente de la Directiva 90/434/CEE, del 23 de julio de 1990¹ y por lo tanto sus efectos a nivel nacional deben estudiarse desde una perspectiva que tenga en cuenta este origen. Este trabajo se centra en la particular problemática de las escisiones no proporcionales y el concepto de motivos económicos válidos. En estos temas, las apreciaciones tanto de la doctrina, como de la administración pública o la jurisprudencia son muy heterogéneas y por ello se considera relevante hacer un estudio al respecto donde se expongan los criterios empleados hasta el momento y se trate de aportar posibles soluciones con la finalidad de homogeneizar su aplicación.

Palabras clave: escisión, proporcionalidad, *business purpose*, motivo económico válido, cláusula anti-abusiva, fraude y evasión.

¹ Directiva 90/434/CEE del Consejo, del 23 de julio de 1990, 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. (DOL núm. 225, 20/08/1990).

ABSTRACT

Since the introduction of the special tax regime in some business restructuring operations, there has been much discussion about the limits that should be used to consider whether or not an operation can be accepted in the regime.

We are dealing with a concept which originates from European law, more accurately, from the Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 and therefore its effects at a national level must be examined from a perspective which takes into account this origin. This paper focuses on the problematic of non-proportional splits and the concept of valid economic reason. The appreciations of the doctrine, the public administration or the jurisprudence are very heterogeneous and therefore we find it relevant to carry out a study that analyzes the different criteria used so far and tries to provide possible solutions with the aim of homogenizing its application.

Key words: split, proportionality, business purpose, valid economic reason, anti-abuse clause, fraud and evasion.

Índice:

ABREVIATURAS.....	4
1.- INTRODUCCIÓN.....	5
2.- EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.....	6
2.1.- Presupuestos y requisitos.....	6
2.2.- Consecuencias jurídicas.....	7
<u>2.1.1- Principio de neutralidad fiscal</u>	7
<u>2.1.2- Principio de ausencia de intervención administrativa</u>	8
2.3.- Las reestructuraciones fiscales frente a las modificaciones estructurales mercantiles.....	9
<u>2.3.1.- La calificación unitaria</u>	12
<u>2.3.2.- El juicio de los efectos equivalentes</u>	13
3.- LA ESCISIÓN EN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.....	15
3.1.- Los requisitos particulares de las escisiones en el régimen de neutralidad fiscal y comparación con régimen mercantil.....	15
3.2.- La restricción de las escisiones no proporcionales: proporcionalidad y abuso.....	19
<u>3.2.1.- La regla de proporcionalidad cuantitativa</u>	20
<u>3.2.2.- La regla de proporcionalidad cualitativa</u>	21
3.3.- El Problema de los motivos económicos válidos.....	23
<u>3.3.1- Origen, directiva y ley española</u>	23
<u>3.3.2- Soluciones comparadas</u>	29
<u>3.3.3- Los motivos económicos válidos con doble finalidad y el concepto rama de actividad</u>	33
4.- CONSIDERACIONES FINALES.....	37
5.- BIBLIOGRAFÍA.....	39

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial de Estado
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CEE	Comunidad Económica Europea
Coord.	Coordinador
DGT	Dirección General Tributaria
DOL	Diario Oficial de las Comunidades Europeas, “Legislación”
ed.	Edición
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
JUR	Documento de jurisprudencia Aranzadi
LGT	Ley General Tributaria
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LME	Ley de Modificaciones Estructurales
p.	página
RD	Real Decreto
SCE	Sociedad Cooperativa Europea
SE	Sociedad Anónima Europea
TEAC	Tribunas Económico Administrativo Central
TRLIS	Texto Refundido por el que se aprueba la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

1.- INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo será realizar un análisis detallado del tratamiento de las escisiones en el régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales. Comenzaremos analizando dicho régimen de neutralidad fiscal y la relación que guardan las reestructuraciones fiscales frente a las modificaciones estructurales mercantiles.

Una vez visto el marco general en el que este trabajo se va a basar, nos centraremos en la operación empresarial conocida como la escisión, analizando sus características desde un punto de vista mercantil y un punto de vista fiscal. Se prestará especial atención a las restricciones de las escisiones no proporcionales, así como a la aplicación de la cláusula anti-abuso por parte de la administración pública.

También se realizará un estudio en profundidad de las cuestiones relacionadas con los motivos económicos válidos. Comenzando por el desarrollo del concepto, su inclusión al derecho comunitario y su posterior transposición a la normativa nacional. Sobre este tema nos centraremos en analizar soluciones comparadas entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y la jurisprudencia española, así como en la valoración de los motivos económicos válidos con doble finalidad y el concepto fiscal de rama de actividad.

Como en cualquier trabajo de investigación se comenzará con una fase de búsqueda de información que ocupará las primeras semanas de trabajo. En esta etapa se trata de familiarizarse con el tema a tratar y comprender sus vicisitudes a una mayor profundidad.

Una vez realizada la revisión documental pertinente, sus posibles efectos y cómo se ha tratado el tema por los distintos órganos administrativos y jurisprudenciales se explicarán de forma sistemática y clara, tratando de aportar al lector un entendimiento básico de estas operaciones y conceptos específicos.

Finalmente, se analizarán posibles soluciones para aumentar la seguridad jurídica y se expondrán las pautas de lo que creemos debería ser el *modus operandi* en el futuro por parte de las instituciones encargadas de tratar la cuestión.

2.- EI RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL

2.1.- Presupuestos y requisitos

Existen unos procesos mercantiles en nuestra sociedad consistentes en la transmisión, ya sea en bloque o de forma parcial, de patrimonio entre unas empresas y otras. Estas operaciones son conocidas como **operaciones de reorganización o reestructuración** empresarial y sus objetivos suelen ser la maximización de beneficios, reducción de costes, la facilitación de su administración o de la toma de decisiones. Las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones serían algunas de estas operaciones.

Con el objetivo de que las consecuencias fiscales derivadas de estas operaciones no supongan un freno a su utilización, nace desde el derecho comunitario, a través de la Directiva 90/434/CEE, del 23 de julio de 1990, un régimen fiscal especial consistente en el diferimiento de los tributos asociados a la transmisión de los elementos de la operación a un momento posterior.

Consideramos que el régimen queda perfectamente definido en la exposición de motivos de la Ley 29/1991, del 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas (como explicaremos después, encargada de trasponer a nuestro ordenamiento la Directiva 90/434/CEE) cuando define que:

*“Este régimen tributario responde a un principio básico: **La neutralidad**. La regulación contenida en la presente norma no estimula la realización de las operaciones antedichas, pero tampoco las obstaculiza, porque su ejecución no origina carga tributaria alguna, ni otro beneficio fiscal que el consistente en el diferimiento de aquélla.*

La neutralidad se alcanza a través de dos técnicas tributarias:

a) No integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que grava a las entidades transmitentes, de los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos.

b) Las entidades adquirentes deben valorar los elementos recibidos, a efectos fiscales, por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.”

En cuanto al concepto de “diferimiento”, la Real Academia Española² lo define como aplazamiento y emplea el ejemplo “*diferimiento del pago de un impuesto*”. Aparte del beneficio claro que supone el retraso en el requerimiento de pago de un impuesto debemos tener en cuenta, que el importe diferido sigue generando rendimientos durante el tiempo que ese capital se conserve en el patrimonio de la entidad.

2.2.- Consecuencias jurídicas

Las consecuencias jurídicas de la aplicación del régimen fiscal especial están recogidas en el artículo 77 de la vigente Ley 27/2014, del 27 de noviembre, del 2014, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS)³. A continuación, desgranaremos los principios básicos en la configuración del régimen fiscal especial y de los cuales desprenderemos sus consecuencias jurídicas.

2.2.1- Principio de neutralidad fiscal

Como acabamos de mencionar, la esencia fundamental del régimen fiscal especial de reestructuraciones reside en la búsqueda de la neutralidad. Esto se consigue gracias al diferimiento de los tributos provenientes de operaciones de reorganización, siendo las características que se derivan de él:

La principal consecuencia que se desprende será que en la entidad transmitente no se gravan las rentas obtenidas de una transmisión patrimonial dentro de una operación de reorganización empresarial incluida en el régimen fiscal especial. Según el régimen general, se gravarían las rentas obtenidas por la transmisión, las cuales provienen de la diferencia entre el valor contable del activo y pasivo transmitido y su valor real cuando se lleva a cabo la operación:

² Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.ª ed.). Madrid.

³ El Impuesto sobre Sociedades fue regulado por primera vez en la Ley 61/1978, del 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 30 de diciembre de 1978), modificado por la Ley 43/1995, del 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de diciembre de 1995) y por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE 11 de marzo de 2004).

Por otro lado, el beneficio para la entidad adquiriente proviene de que los elementos de activo y pasivo traspadados serán valorarlos a el valor fiscal que tenían en la sociedad que los transmite antes de efectuarse la operación de reorganización. Recordamos que, la regla general para cualquier operación entre sociedades establece que se haga a valor de mercado.

Para los socios de las entidades involucradas también se desprende un beneficio y es que podrán no incluir en su base imponible las plusvalías que se produzcan a raíz de la operación de reestructuración llevada a cabo.

Pese a ser un supuesto basado principalmente en evitar la doble imposición, también destacamos lo establecido en el artículo 10 de la Directiva 90/434/CEE cuando estipula que: *“entre los bienes aportados con motivo de una fusión, de una escisión o de una aportación de activos figure un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad, este último renunciará a los derechos de imposición sobre dicho establecimiento permanente.”*

Finalmente, siendo algo que ya analizaremos en profundidad más adelante, la Directiva establece una cláusula anti-elusiva por la cual se permite a los Estados miembros establecer las normas que consideren oportunas por las que el régimen especial previsto no resultaría de aplicación si el principal objetivo de la operación (o uno de los principales objetivos) fuera el de la evasión fiscal o el fraude.

2.2.2- Principio de ausencia de intervención administrativa

El principio de ausencia de intervención administrativa se incluye por primera vez en nuestra legislación con la Ley 29/1991, cuando se cambia el modo de opción al régimen especial y solamente es necesaria la comunicación de las operaciones al Ministerio competente (que en su momento se trataba de Ministerio de Economía y Hacienda), sin perjuicio de la intervención correspondiente de los órganos españoles y comunitarios de defensa de la competencia, cuyo objetivo es evitar que con dichas operaciones surjan situaciones de control de mercado que distorsiones la plena competencia.⁴

⁴ LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A., *Memento práctico: Impuesto sobre sociedades*. Francis Lefevbre, 2016. p. 1255

Anteriormente, con la Ley 76/1980, del 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas, por ejemplo, se precisaba de un complicado expediente administrativo para poder optar al régimen. Actualmente, la vigente Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, que traspone las pautas establecidas en la Directiva 90/434/CEE, no exige mayor trámite que el que el sujeto pasivo refleje su deseo de adherirse al régimen de neutralidad fiscal en unos documentos de obligado cumplimiento y que notifique pertinentemente de esta decisión al Ministerio de Hacienda.

Destacamos adicionalmente, de la misma forma que lo hace la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante, TEAC) del 8 de enero de 2015⁵, que la comunicación del acogimiento al régimen especial fiscal se trata de un requisito formal cuyo retraso u omisión no impide la adhesión al mismo.

Por lo tanto, consideramos que esta disminución en la gestión administrativa, así como la homogeneización del proceso en todos los Estados miembros (por aplicación de las directrices de la Directiva) constituye uno de los principales beneficios desde un punto de vista de aplicación práctica del régimen para el sujeto pasivo. Se trata de la evolución desde un sistema rogado donde la subjetividad de la administración es mucho mayor a otro donde los requisitos pretenden ser más objetivos⁶ en el que la seguridad jurídica se ve beneficiada pese a que consideremos que aún queda camino por recorrer.

2.3.- Las reestructuraciones fiscales frente a las modificaciones estructurales mercantiles

Antes de analizar la escisión en régimen fiscal especial conviene hacer una mención a las diferencias conceptuales que existen entre las reorganizaciones fiscales contempladas en la LIS y las modificaciones estructurales desde la óptica mercantil. Por un lado, los apartados 3, 5 y 9 del artículo 17 LIS hacen referencia a las operaciones de fusión y escisión, de los cuales extraemos lo siguiente:

⁵ Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central del 8 de enero de 2015, (RG 6298/2012).

⁶ Como veremos, es aquí donde reside aún gran parte de la disputa doctrinal acerca del tema.

“3. Los elementos patrimoniales transmitidos en virtud de fusión, absorción y escisión total o parcial se valorarán, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VII del Título VII de esta Ley, es decir, por su valor de mercado.

5. La entidad transmitente (absorbida o escindida) integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal.

*9. En la fusión, absorción o escisión total o parcial se integrará en la base imponible de los socios la diferencia entre el valor normal de mercado de la participación recibida (acciones o participaciones en el capital de la sociedad absorbente o beneficiaria de la escisión) y el valor fiscal de la participación anulada (acciones o participaciones en el capital de la sociedad absorbida o escindida)”.*⁷

Esta regulación, como vemos bastante escueta, delimita el régimen general⁸ de estas operaciones en el Impuesto sobre Sociedades, lo cual en ocasiones se olvida debido al actual papel predominante del *“régimen fiscal 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”*. Es en el artículo 76.1 donde se da una definición de la fusión susceptible de acogerse al régimen especial que no plasmaremos íntegramente, pero del cual se extrae la inclusión las tres siguientes operaciones⁹.

- Trasmisión en bloque a otra **entidad ya existente** de sus patrimonios sociales recibiendo los socios valores representativos del capital social de la empresa beneficiaria y hasta un 10 por ciento del valor nominal en compensación dineraria si fuera necesario para cuadrar el tipo de canje.
- Trasmisión en bloque a una **nueva entidad** de la **totalidad** de sus patrimonios sociales recibiendo los socios valores representativos del capital social de la empresa

⁷ Véase al respecto el artículo 17 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE del 28 de noviembre de 2014).

⁸ Junto con la norma contable del artículo 10 “Concepto y determinación de la base imponible. Reglas de imputación temporal” de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades.

⁹ Hacemos un escueto análisis de la fusión en este apartado por su preponderancia dentro de las reestructuraciones empresariales y la escisión, tema principal de este trabajo, será analizada en más profundidad posteriormente.

beneficiaria y hasta un 10 por ciento del valor nominal en compensación dineraria si fuera necesario para cuadrar el tipo de canje.

- Trasmisión como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación de su patrimonio social a la entidad que es **titular de la totalidad** de los valores representativos de su capital social.

Por otro lado, desde un punto de vista mercantil, la Ley 3/2009, del 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME) en su artículo 22 define a la fusión de la siguiente forma:

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

Mientras que el artículo 23 expone los diferentes tipos de fusión:

“1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda”.

De un primer análisis, se puede apreciar que, entre los tipos de fusión definidos en la LME, no se incluye la del artículo 76.1.c) LIS. Como indican López Tello y Cremades Schulz¹⁰, dicha falta aparente se puede resolver por aplicación del artículo 53 LME, que la califica de operación equiparable a la fusión, aduciendo que *“también constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee*

¹⁰ LÓPEZ TELLO, J. y CREMADES SCHULZ, M., El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2010, p.50.

la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla". Los problemas de este tipo son mayores con las operaciones que la LME califica como fusiones especiales, y que están reguladas en sus artículos 48 a 52¹¹.

Con la intención de terminar de abordar esta cuestión de forma sucinta pero completa se van a exponer ahora dos corrientes que han pretendido solucionar la controversia acerca de las diferencias y similitudes entre ambos puntos de vista, con el propósito de crear una mayor seguridad jurídica.

2.3.1.- La calificación unitaria

En un primer momento puede resultar interesante la idea de una calificación unitaria, donde lo considerado como fusión o escisión a efectos mercantiles se equipare a lo calificado como tal desde un punto de fiscal y por tanto esté amparado bajo el régimen fiscal especial de reestructuración empresarial.

Es esta postura la defendida por autores como Prada Larrea¹² que defienden el principio de unidad del ordenamiento jurídico por el cual las calificaciones realizadas en una rama legal pueden desplegar efectos en otras. Para estos casos la Dirección General de Tributos (en adelante DGT) ha sido poco consistente y en ocasiones lo ha admitido, argumentando que si una operación cumple los requisitos para ser considerada como tal en el ámbito mercantil debería también recibir la misma calificación bajo la normativa tributaria¹³. Pero en otros casos ha argumentado precisamente lo contrario basándose en diversos artículos de la vigente Ley General Tributaria 58/2003, del 17 de diciembre, de 2003 (en adelante, LGT).

Autores como López Tello y Cremades Schulz¹⁴ abogan por esta última perspectiva donde la calificación unitaria carece de fundamento pues, de una parte, el artículo 12.2 de la LGT despeja

¹¹ Los cuales no analizaremos por exceder el ámbito de estudio del trabajo

¹² PRADA LARREA, J.L., "Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales", *Revista Técnica Tributaria*, nº 86, julio-septiembre 2009, p. 25.

¹³ Consulta vinculante de la DGT, del 16 de julio de 2009, (V1704-09) donde en su párrafo cuarto de la contestación señala: "*En la medida en la que este hecho no desvirtúe la calificación jurídico-mercantil de la operación como de escisión, igual consideración tendría a efectos fiscales, en cuyo caso la operación descrita podría acogerse, en principio, al régimen fiscal especial citado*".

¹⁴ LÓPEZ TELLO, J. y CREMADES SCHULZ, M., El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2010, p.49 a 51.

dudas cuando expone: *“En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda”*, y el régimen de neutralidad fiscal comienza en el artículo 83 de la LIS, titulado justamente *“definiciones”*.

Adicionalmente el artículo 13 de la LGT establece que: *“Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez”*.

Finalmente, si tenemos en cuenta estas premisas y la expresa invalidación a la analogía en el ámbito tributario plasmada en el artículo 14 LGT: *“no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”* podemos concluir que la calificación unitaria defendida por Prada Larrea y la construcción recurrentemente usada por la DGT son contrarias al ordenamiento jurídico¹⁵ y una sobre simplificación del tema estudiado que puede llevar a una preocupante inseguridad jurídica.

2.3.2.- El juicio de los efectos equivalentes

Si nos basamos en el artículo 83.6 LIS, según el que: *“el régimen tributario previsto en este capítulo será igualmente aplicable a las operaciones en las que intervengan sujetos pasivos de este impuesto que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en los apartados anteriores”*.

Podemos apreciar que parece abrirse la posibilidad a un juicio de efectos equivalentes donde una operación que inicialmente no tuviera cabida en régimen especial pueda incluirse en el si sus efectos se asimilan a los de otra operación si incluida.

Por lo tanto, la cuestión ahora es ver si la excepción se puede aplicar análogamente o no. Para

¹⁵ BÁEZ MORENO, A., Algunas reflexiones sobre la prohibición de analogía en derecho tributario. Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo. Tomo I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2010, p. 453-471

el caso de las sociedades mercantiles parece ser que la respuesta es afirmativa mientras que las sociedades no mercantiles solamente en la medida que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

De esta forma vemos los efectos reducidos de este planteamiento y consideramos que la solución ha de ser inevitablemente una modificación legislativa de la Ley tributaria, pues es la más adecuada para encargarse de determinar la adhesión al régimen fiscal de neutralidad para las operaciones contempladas por la LME que no tengan cabida en las definiciones de la LIS.

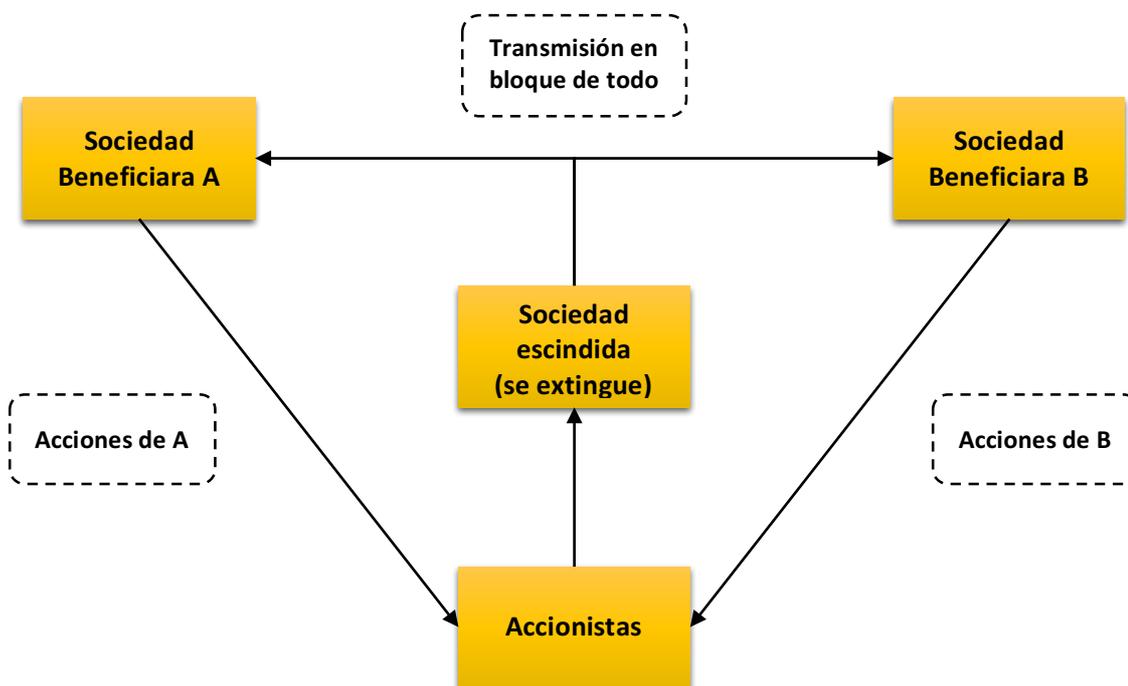
3.- LA ESCISIÓN EN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL

3.1.- Los requisitos particulares de las escisiones en el régimen de neutralidad fiscal y comparación con régimen mercantil.

La escisión es una operación jurídica opuesta a la de fusión por la cual una o más sociedades aportan una o varias partes de su patrimonio en bloque a una o varias sociedades diferentes (beneficiarias), recibiendo los socios de las sociedades aportantes o las propias sociedades aportantes acciones de las sociedades beneficiarias.¹⁶

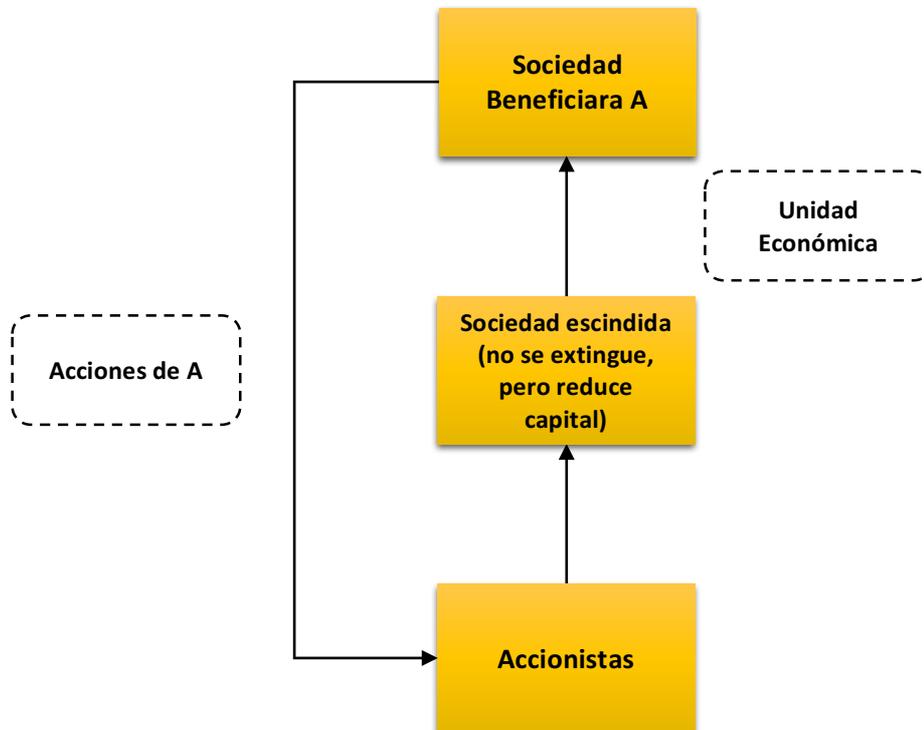
Según establece el art. 68 de la LME la escisión puede ser de tres tipos:

1. **Escisión total:** Una sociedad divide todo su patrimonio en dos o más partes transfiriendo cada una de ellas a una sociedad de nueva creación o a una sociedad ya existente. A continuación, la sociedad escindida **se extingue**.



¹⁶ VIVES RUIZ, F., “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho de Sociedades Tomo II*, 2o edición, Aranzadi, SA, Pamplona, 2013.

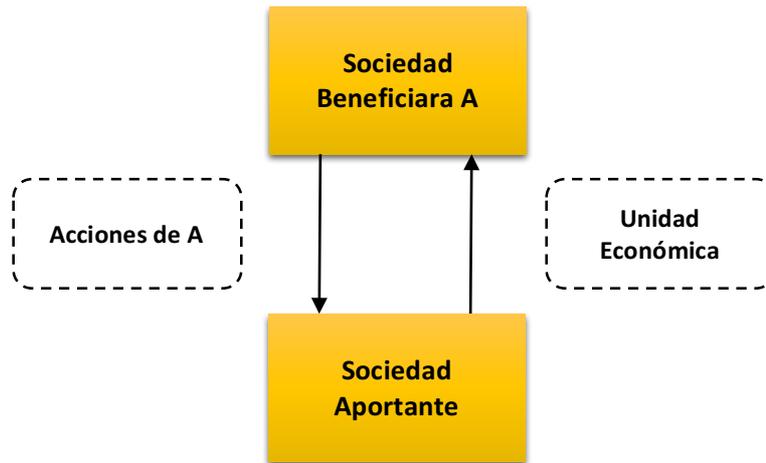
2. **Escisión parcial:** Se segregan una o varias unidades económicas del patrimonio de una sociedad, que **no se extingue**, transfiriéndose en bloque lo segregado a una o varias sociedades beneficiarias.



En ambos casos es relevante destacar que los socios de la sociedad escindida reciben, como contraprestación por la aportación, acciones de la o las sociedades beneficiarias. En estos casos son los accionistas de la sociedad escindida, y no la propia sociedad escindida, quienes reciben la contraprestación.

3. **Segregación:** El tercer tipo de escisión, que encontramos en el artículo 71 LME, consiste en la segregación de una o varias unidades económicas del patrimonio de una sociedad, que no se extingue ni reduce su capital (sólo se altera la composición de su patrimonio), transfiriéndose en bloque lo segregado a una o varias sociedades beneficiarias, recibiendo la sociedad que se segrega (no sus socios) como contraprestación por la aportación, acciones de la o las sociedades beneficiarias.¹⁷

¹⁷ La LME alude en su art. 72 a una modalidad de segregación específica, la filialización: cuando una sociedad segrega todo su patrimonio a favor de otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones o participaciones de la nueva sociedad. Obsérvese que en estos supuestos la sociedad que se segrega pasa a ser una mera sociedad holding o tenedora de participaciones sociales.



En los tres tipos de escisión, la sociedad beneficiaria puede ser una sociedad ya existente, que en este caso absorbe el patrimonio escindido generalmente ampliando capital (escisión por absorción), o una sociedad de nueva creación (escisión por creación).

Como ya hemos mencionado, desde un punto de vista fiscal, las operaciones que pueden acogerse al régimen especial no están determinadas por remisión a otras ramas del ordenamiento, sino que quedan recogidas en una lista cerrada con definición propia. Es por ello que el concepto difiere levemente del visto previamente desde normativa mercantil. Podemos encontrar la escisión en el artículo 76.2 LIS del cual extraemos lo siguiente:

1. La división en dos o más partes de totalidad del patrimonio social de una entidad y su transmisión en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, atribuyendo a sus socios proporcionalmente valores representativos del capital social de las beneficiarias y, de ser necesario una compensación dineraria no mayor al 10 del valor nominal para cuadrar el tipo de canje.

2. La segregación en dos o más partes de una rama de actividad del patrimonio social de una entidad y su transmisión en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, manteniendo en su patrimonio al menos una rama de actividad o bien participaciones en el capital de otras entidades que le confieran la mayoría del capital social de estas, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la beneficiaria, que serán atribuidos a sus socios proporcionalmente, reduciendo el capital social y reservas en la cuantía

necesaria. De ser necesario se incluirá una compensación en dinero como la del apartado anterior.

3. La segregación de una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, y su transmisión en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, manteniendo en su patrimonio al menos participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la beneficiaria, que serán atribuidos a sus socios proporcionalmente, reduciendo el capital social y reservas en la cuantía necesaria. De ser necesario se incluirá una compensación en dinero como la del primer apartado.

Del análisis de ambas definiciones podemos extraer varias conclusiones a resaltar:

En primer lugar, podemos observar que el apartado 3 de este artículo hace referencia a un tipo de escisión conocido comúnmente como “financiera”¹⁸ que no es mencionado en ningún momento en la LME. Estamos ante una operación donde se segrega una parte del patrimonio social de una entidad, constituido por participaciones en el capital de otras entidades que se transfieren a una tercera entidad ya existente o de nueva creación, a cambio de valores representativos del capital de la sociedad adquiriente. Dicho conjunto de participaciones debe conferir la mayoría del capital social de la entidad y se obliga a la sociedad escindida a mantener en su patrimonio después de la operación participaciones mayoritarias o una rama de actividad completa. Dicho requisito se formula con la finalidad de que después de la escisión financiera no queden empresas “vacías” sin ningún tipo de actividad económica.

No parece estar admitida la transmisión de participaciones si no constituyen una mayoría del capital social en sede de la adquiriente. De esta forma si una entidad posee participaciones mayoritarias de otra y quiere realizar una escisión financiera deberá transferir la totalidad de las participaciones, no pudiendo quedarse con una cantidad que impida dicha mayoría. De forma similar, si existe más de una beneficiaria, no se considerará escisión financiera la operación que transmita la mayoría de participaciones entre las distintas beneficiaras, será necesario que cada una de las entidades beneficiaras reciba una participación mayoritaria de otra entidad.

¹⁸ Concepto empleado por una gran parte de la doctrina e incluso la DGT en consultas vinculantes como la del 6 de noviembre de 2012 o la del 29 de septiembre de 2010.

Finalmente, dicha mayoría solo se valora con respecto al capital social, siendo el derecho a voto de las participaciones indiferente.

En segundo lugar, la inclusión de la segregación como una nueva modalidad de escisión por la LME también ha dado lugar a un cierto nivel de controversia por no encontrarse definida de la misma forma en LIS para poder adherirse claramente al régimen especial. Pese a esto, autores como García Ríos¹⁹ consideran que no se da ningún tipo de problema pues a su parecer dicha operación ya estaba contemplada bajo la construcción de la aportación no dineraria de rama de actividad. Y es que el artículo 76.3 LIS señala: *“Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente.”*

Coincidimos pues con las apreciaciones de García Ríos, pero debemos señalar que puede no darse una coincidencia exacta entre los patrimonios transferidos debido a la supuesta diferencia, que viene defendiendo la DGT, entre los conceptos de “rama de actividad”, propio del ámbito fiscal, y “unidad económica” empleado desde el marco mercantil. La controversia relacionada con estos términos será estudiada en profundidad más adelante.

3.2.- La restricción de las escisiones no proporcionales: proporcionalidad y abuso

Como hemos mencionado en el apartado anterior, uno de los requisitos de los tres tipos de escisión fiscal es que la atribución a los socios de los valores correspondientes se haga de acuerdo a una norma proporcional. Dicha proporcionalidad tiene dos vertientes distintas que serán las que analicemos más adelante; la proporcionalidad cuantitativa y la proporcionalidad cualitativa.

Este requisito se reproduce de igual forma en la normativa mercantil y en la fiscal, pero no han de asemejarse a la hora de estudiar la posible adhesión de una escisión al régimen fiscal especial pues obedecen a principios distintos.

¹⁹ GARCÍA RÍOS, J.J, *Las reestructuraciones empresariales: aspectos fiscales de la segregación* Quincena fiscal, N° 12, 2010, p. 37

Por un lado, el legislador mercantil hace referencia a un reparto donde el patrimonio que sea asignado a cada accionista sea proporcional al que tuviere en la sociedad original para que de esta forma no se lesionen sus intereses económicos. Por el otro, la normativa fiscal busca que el beneficio fiscal se produzca efectivamente por una verdadera operación de reorganización empresarial y no que suponga un simple reparto patrimonial de los distintos accionistas involucrados en la operación.

Es importante por lo tanto destacar que el hecho de que una operación haya sido valorada como escisión mercantilmente, siendo inscrita en el Registro Mercantil, no implica automáticamente que pueda considerarse como una operación susceptible de adherirse al régimen fiscal especial. Dicha postura ha sido defendida por el TEAC en varias de sus resoluciones²⁰ afirmando que: *“el control de legalidad encargado a los Registradores Mercantiles en modo alguno alcanza a la normativa fiscal, siendo la Inspección tributaria la competente para la verificación del efectivo cumplimiento de la misma. Y en el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en sentencias tales como la de 13 de octubre de 2011 (rec. no. 353/2008) a tenor de la cual: “Debemos comenzar afirmando que la Sala comparte el criterio del TEAC, por cuanto con independencia de que la operación efectuada se califique desde un punto de vista mercantil como escisión, la Inspección puede examinar si dicha operación cumple con los requisitos exigidos por el referido régimen fiscal; es decir que la inscripción mercantil de la escisión, no determina por sí sola el derecho a disfrutar de los beneficios fiscales”*

Vamos a profundizar más en los dos tipos de proporcionalidad y analizaremos las cuestiones relativas a ello que más controversia han suscitado.

3.2.1.- La regla de proporcionalidad cuantitativa

Nos estamos refiriendo a que ha de cumplirse una correlación entre el valor de las acciones de cada accionista en la sociedad originaria con el valor de las acciones que recibe de la sociedad

²⁰ Veáanse las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central del 24 de abril de 2012, (RG 3158/10) y del 21 de marzo de 2013 (RG 4118/10).

escindida como canje. Esta proporción cuantitativa es un requisito inexcusable pues su incumplimiento supondría una ruptura tanto con la definición tributaria como con la mercantil.

A este respecto podemos hacer referencia a la resolución del TEAC del 1 de junio de 2006²¹ donde se estipula claramente que no será de aplicación el régimen fiscal especial si no se respeta la proporcionalidad cuantitativa favoreciendo a unos socios frente a otros.

Finalmente, es necesario que esta proporcionalidad sea calculada sobre valores reales y no simplemente sobre valores contables pues es como conseguimos respetar el principio de equidad material.²²

3.2.2.- La regla de proporcionalidad cualitativa

Con respecto al requisito de la proporcionalidad cualitativa hay mucha más controversia acerca de la imperatividad de su cumplimiento para poder unirse al régimen especial. Se trata de que la participación de los socios en la sociedad escindida se reproduzca idénticamente en cada sociedad beneficiaria que exista en la operación.

Como punto de partida, en el artículo 76 de la LME se permite que se prescinda de ella bajo determinadas circunstancias pues establece: *“siempre que no se atribuyan a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, será necesario el consentimiento individual de los afectados”*. Se trata de un punto de partida, pues como ya hemos mencionado los requisitos fiscales pueden superar a los mercantiles y una igualación entre ambos no está permitida.

Desde la óptica fiscal, en el artículo 76.2.2º de la LIS se dispone que: *“En los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyan ramas de actividad.”*

²¹ Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central del 1 de junio de 2006, (RG 3077/2003).

²² SÁNCHEZ MANZANO, J.D, La regla de proporcionalidad como rasgo caracterizador de la escisión desde la óptica fiscal: Los filtros insertados por los criterios administrativos para aceptar la tutela de las escisiones subjetivas dentro del régimen fiscal de la reestructuración empresarial, Quincena fiscal, Nº 4, 2015, p46.

Realizando un análisis literal del precepto podemos concluir que solamente se podrá optar al régimen especial en el caso de una escisión parcial sin proporcionalidad cualitativa, consideradas por la doctrina como escisiones subjetivas, si existe en la operación más de una sociedad beneficiaria. Esta valoración literal ha sido criticada por un sector relevante de la doctrina mercantilista que acepta la proporcionalidad cuantitativa asimétrica más allá de los reducidos contornos de este artículo y por lo tanto expande su posible aplicación a otros supuestos. De esta forma autores como Vicent Chulia²³ o Ballester Colomer²⁴ defienden la escisión parcial sin asignación de participaciones a uno o varios socios de la escindida para que dicho socio o grupo de socios permanezca en ella.

La DGT, por norma general ha defendido la primera postura expuesta, donde se hace una interpretación restrictiva del artículo 76 LIS. Ejemplo de ello son innumerables consultas vinculantes²⁵, muchas de ellas donde no se ha argumentado acerca del tema, sino que simplemente se ha limitado a plasmar el artículo sin interpretarlo.

Dentro de la jurisprudencia nacional encontramos puntos de vista opuestos. A modo de ejemplo, para el caso de las escisiones parciales, hacemos referencia a la sentencia de la Audiencia Nacional del 10 de diciembre de 2015, la cual dice al respecto: *“La escisión parcial requiere que las acciones o participaciones sociales de la sociedad beneficiaria de la escisión se atribuyan a los accionistas de la sociedad que se escinde de manera proporcional a sus respectivas participaciones. En el caso consultado **no se atribuyen participaciones de la entidad beneficiaria a los socios de la escindida, sino sólo a uno de ellos, sin cumplirse, por tanto, la proporcionalidad cualitativa exigida por la norma**”*. Al sólo atribuirse participaciones a uno de los socios, la operación expuesta parece situarse, más bien, dentro del ámbito de la separación de socios²⁶.

Pero, por otro lado, la Audiencia Nacional en sentencia del 16 de febrero de 2011 concluyó que dicha regla no obliga que, al tratarse de una escisión parcial, tanto la escindida como la

²³ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción” en la obra colectiva: Las operaciones societarias de modificación estructural. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

²⁴ BALLESTER COLOMER, J.: “La escisión y operaciones de similar alcance” en la obra colectiva: Las operaciones societarias de modificación estructural. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 109.

²⁵ Véanse las contestaciones de la DGT del 1/8/2002 (JUR 2002, 249008 (V0043-02) o la del 5/9/2003 (JUR 2003, 265963) (V0053-03)

²⁶ Véase la contestación de la DGT del 19/04/2004 (V0018-04)

resultante deban reproducir idénticamente el porcentaje de participaciones de todos los socios en una y otra. Esta sentencia es así mismo relevante pues en ella se puede apreciar cierto recelo ante la excesiva autonomía de la administración a la hora de realizar interpretaciones fiscales bajo sus propios criterios.

Como añadido a la extensa casuística de casos en este ámbito, no parece posible llevar a cabo una escisión no proporcional donde se desarrolla una sola actividad al no existir varias ramas de actividad²⁷.

En cambio, sí parece ser aceptable la situación donde un único socio reciba la totalidad del capital de una de las beneficiarias, mientras el resto de socios reciban acciones de otras entidades beneficiarias incluidas en la operación de reestructuración²⁸.

Como vemos la discusión doctrinal sigue viva a día de hoy y el gran abanico de situaciones que surgen alrededor de la cuestión dificulta más aún establecer una valoración homogénea. A nuestro parecer la línea interpretativa de la DGT es más restrictiva y subjetiva de lo deseado, por lo que lo más importante en este momento sería un pronunciamiento claro sobre cual es criterio que debe seguirse de forma constante en el futuro. La actual inseguridad jurídica no ayuda nada a la fluidez de las operaciones de reorganización empresarial en nuestra economía y muestra de ello es la gran cantidad de consultas que recibe la DGT a diario solamente respecto a este tema en concreto.

3.3.- El Problema de los motivos económicos válidos

3.3.1- Origen, directiva y ley española

El concepto de motivo económico válido ha sido uno de los más controvertidos en materia tributaria. Nace como intento de clarificación del elemento objetivo del principio de prohibición de abuso en el Derecho de la Unión Europea pero aun así su interpretación es amplísima²⁹. De hecho, más de veinticinco años después de su transposición a la normativa española sigue siendo

²⁷ Véase la contestación de la DGT del 07/03/2014 (V0618-14)

²⁸ Véase la contestación de la DGT del 12/05/2014 (V1262-14)

²⁹ Véase al respecto del desarrollo completo del principio de prohibición de abuso por el TJUE en: DE LA FERIA, R., VOGENAUER S., Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law? Hart Publishing, 2011.

discutido por la doctrina, jurisprudencia y los órganos administrativos. En este trabajo nos centraremos sólo en algunos de los temas sobre los que actualmente no hay un consenso claro como son, la cláusula anti-abuso del artículo 82.9 de la Ley 27/2014 y la validez de los motivos económicos con doble finalidad.

El motivo económico válido es un concepto jurídico adoptado de la jurisprudencia anglosajona donde es referido como “*business purpose*”. Esta doctrina nace a raíz de la sentencia Gregory v. Helvering³⁰ donde Evelyn Gregory, propietaria de todas las acciones de una compañía llamada *United Mortgage Company* (“*United*”) que a su vez poseía 1.000 acciones de una compañía llamada *Monitor Securities Corporation* (“*Monitor*”). El 18 de septiembre de 1928 la señora Gregory creó *Averill Corp* (“*Averill*”) y tres días después transfirió las 1.000 acciones de *Monitor* a *Averill*. El 24 de septiembre disolvió *Averill* y se distribuyó las 1.000 acciones a sí misma, vendiéndolas ese mismo día por \$133.333,33. Posteriormente, alegó unos gastos de \$57.325,45 en la operación, y que, por lo tanto, debía ser gravada sobre una ganancia neta de capital de \$76.007,88. En su declaración de impuestos federales de 1928, la señora Gregory consideró la transacción como una reorganización corporativa libre de impuestos, bajo la sección 112 de la Ley de Ingresos de 1928. El Comisario de “*Internal Revenues*”, Guy Helvering, argumentó que de uno punto de vista económico no había reorganización empresarial, ya que Gregory poseía las tres entidades y simplemente estaba siguiendo unos procedimientos legales para hacer que pareciese una reorganización con la que pudiera disponer de las acciones de *Monitor* sin pagar los impuestos sobre la renta correspondientes.

Como podemos ver, este principio establece que una transacción debe servir a un propósito comercial de buena fe para poder adherirse al régimen fiscal especial. Si la transacción no tiene un propósito comercial sustancial que no sea la elusión o reducción de impuestos, la ley fiscal no considerará la transacción³¹.

Este concepto evoluciona y es introducido en nuestro ámbito de influencia por primera vez a través de la Directiva 90/434/CEE que en su artículo 11.1.a) estipula lo que hoy en día conocemos como la cláusula anti-abusiva. Permite a los Estados miembro desaplicar de forma completa o parcial las disposiciones del régimen fiscal especial cuando una operación: “*tenga*

³⁰ Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465, 55 S.Ct. 266, 79 L.Ed. 56 (1935).

³¹ MARÍN BENÍTEZ, G., La relevancia jurídica de la motivación fiscal. Influencia del business purpose en el ordenamiento tributario español. Madrid, Dykinson, 2009.

*como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por **motivos económicos válidos**, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”*

Como vemos en la norma comunitaria se hace una mención expresa a los motivos económicos válidos, cosa que no sucede en la Ley 29/1991 donde en su artículo 16.2 se traspone la Directiva de la siguiente forma: *“Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo. 1, se probará que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión³² fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora”*.

Por lo tanto, desde el primer momento surgen dudas al respecto de su correcta aplicación y se empiezan a tomar decisiones contradictorias entre órganos administrativos y jurisprudenciales generando así una gran inseguridad jurídica. En estos casos nos explica la normativa europea que se deben seguir las interpretaciones del TJUE con la finalidad de conseguir una homogeneización entre los distintos Estados Miembro³³. Es por ello que nos debemos basar en la sentencia *Leur- Bloem*³⁴, que en su párrafo 43 establece que, cuando no existan disposiciones comunitarias más precisas en relación a la aplicación de la presunción prevista del artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, *“corresponderá a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad,³⁵ las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición”*.

³² Destacamos que en este caso parece ser que el término elusión fiscal sería más adecuado debido a la diferente connotación entre el término evasión en español y “*evasion*” en inglés.

³³ Imagínese el nivel de inseguridad jurídica cuando su apreciación no sólo varía de un estado a otro, sino que lo hace dentro del mismo ordenamiento.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, del 17 de julio de 1997, Caso A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, (asunto C-28/95)

³⁵ Siendo aquí donde se aplica el efecto indirecto propio de las directivas de la unión europea por el cual la norma comunitaria despliega sus efectos sobre los ciudadanos y autoridades indirectamente, pues estos no están obligados directamente a acatarla, sino que son los Estados miembros quienes deben incorporarla, por los medios que consideren más apropiados, a su propio ordenamiento jurídico.

Como ha sido mencionado por el TJUE, “*el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal*”.³⁶ De forma similar dicho tribunal también ha señalado que una construcción puede considerarse abusiva “*cuando la búsqueda de una ventaja fiscal constituya la finalidad esencial de la operación u operaciones que se trate*”.³⁷ Como ejemplo adicional también se ha argumentado en la sentencia *Cadbury Schweppes*:³⁸ “*la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada SEC está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas.*”

Como nos explica Jiménez González³⁹, en la sentencia *Leur-Bloem*, se determinó que los Estados Miembros deberían conceder ventajas fiscales previstas a las operaciones referidas el artículo 2 (d) de la Directiva, a no ser que el objetivo principal, o uno de los objetivos principales, sea la elusión fiscal o el fraude. A este fin, las autoridades nacionales competentes no pueden aplicar criterios generales, sino que deben atender la **cuestión caso por caso**, realizando una valoración general de las operaciones realizadas.

Cuatro años después se promulga la Ley 43/1995⁴⁰ del Impuesto sobre Sociedades donde se reformula en su artículo 110.2 la cláusula anti-abusiva: “*Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo. 97 de esta Ley, se probará que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente capítulo y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos*”. Esta redacción sigue siendo bastante ambigua y aún no se hace mención a los motivos económicos válidos por lo que, como se criticó en la época, no es de gran ayuda para resolver las cuestiones interpretativas que habían surgido.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, del 17 de julio de 1997, Caso A. *Leur-Bloem* contra *Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, (asunto C-28/95). Apartado 47

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 21 de febrero de 2008, Caso *Part service*, (asunto C-402/06) par 40

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 12 de septiembre de 2006, Caso *Cadbury Schweppes*, (asunto C-196/04).

³⁹ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, B., “*El motivo económico válido en las operaciones de reestructuración empresarial*”, Trabajo de fin de Máster, febrero 2015. p. 9.

⁴⁰ Ley 43/1995, del 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. (BOE núm. 310, 28/12/1995).

Por tanto, los motivos económicos válidos no aparecerán de forma expresa hasta la Ley 14/2000⁴¹ donde en su artículo 110 se establece que: “No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objeto el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por **motivos económicos válidos**, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participen en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”.⁴²

Hemos hecho tanto hincapié en el momento en el que se hace mención expresa a los motivos económicos válidos pues es en este momento cuando se plantea el dilema de si estos pueden ser solamente invocados ante los tribunales en disputas posteriores al año 2001 (cuando entra en vigor la ley 14/2000) o si por el contrario también aplican a casos anteriores.

Como indica Jiménez González, para resolver esta cuestión, el TS en sentencia del 16 de mayo de 2013⁴³, entendió que dicha modificación únicamente añadía un **requisito estructural**, y el que antes no se incluyese de forma literal la necesidad de que la operación se llevase a cabo con un motivo económico válido no quiere decir que esa no fuera la finalidad implícita de dicho artículo pues es a lo que se refiere el artículo 11.1 de la Directiva 90/434/EEC.

Por lo tanto, el único cambio significativo que desprendemos de esta nueva formulación tiene que ver con la carga de prueba. Parece ser que se crean una serie de supuestos *numerus apertus* donde la ley establece una presunción *iuris tantum*⁴⁴ de imposibilidad de adhesión al régimen en los casos exista una preponderancia de indicios de evasión o fraude fiscal frente a unos motivos económicos válidos de baja intensidad. Previamente era la administración la que en todo caso debía demostrar que la operación no era susceptible de adherirse al régimen.

⁴¹ Ley 14/2000, del 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE núm. 313, 30/12/2000).

⁴² Esta es la redacción en el vigente artículo 89.2 de la Ley 27/2014, del 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, 28/11/2014), que estudiaremos con más detenimiento más adelante.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección 2a) del 16 de mayo de 2013. RJ: 2013/4673.

⁴⁴ Postura defendida por autores como PALAO TABOADA, C., “Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresarial” en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2009. p.226, que consideran que la construcción del actual artículo 89.2 debería ser interpretada como una presunción *iuris tantum* de la existencia de evasión o fraude fiscal, lo que significa que, pese a la inexistencia *prima facie* de motivos económicos válidos, debería poder demostrarse que la operación no escondía dicho fraude y por tanto se puede incluir en el régimen de neutralidad.

Si nos olvidamos de que esta presunción no actúa como un determinante absoluto, se puede desvirtuar la voluntad del legislador, y caer en el error de que no se busca una mayor facilidad para la adhesión al régimen⁴⁵, sino que se producen trabas adicionales para acceder a sus beneficios y se facilita la aplicación de una cláusula que por su finalidad debía de ser de uso extraordinario.

Volviendo a la sentencia de *Leur-Bloem*, en su párrafo 48 b) expone que: “...los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada **no se haya efectuado por motivos válidos** constituye una **presunción de fraude o de evasión fiscal**. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, respetando el principio de proporcionalidad. No obstante, el **establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal** a determinadas categorías de operaciones fiscales basándose en criterios como los mencionados en la respuesta a la segunda cuestión, letra a), tanto si se ha producido efectivamente una evasión o un fraude fiscal, como si no, **excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva**”.

Teniendo en cuenta, como hemos mencionado previamente, que la legislación interna debe ser interpretada a la luz de la normativa comunitaria⁴⁶, puede inferirse que la presencia de motivos económicos válidos en la operación mercantil imposibilita la denegación de la adhesión al régimen de neutralidad estipulado en la Directiva⁴⁷, aunque exista además una motivación fiscal secundaria. En esta línea y en contra de la tendencia administrativa⁴⁸ se expresa la sentencia de la AN del 16 de febrero de 2011 donde adujo que: “*la identificación entre beneficio*

⁴⁵ Pues, como demostraremos más adelante, la administración estaba aprovechándose de esta inseguridad jurídica alrededor del término para denegar los beneficios del régimen especial casi de forma automática a operaciones complejas donde se requería un estudio más en profundidad.

⁴⁶ Las normas comunitarias pueden desplegar eficacia directa por sí solas o eficacia indirecta cuando es necesaria su trasposición a la normativa nacional. La eficacia indirecta no obsta en absoluto su obligatoriedad ni su primacía sobre las normas jurídicas o administrativas de carácter nacional. Dentro de esta categoría entrarían directivas, que al tratarse de normas “marco”, establecen los objetivos a alcanzar por los Estados miembros en un plazo estipulado. A cambio, se les concede total libertad para elegir la forma que consideren más adecuada para conseguir tales fines. De esta forma decimos que la norma comunitaria despliega efectos jurídicos vinculantes sobre ciudadanos y autoridades de los miembros de la unión, pero de forma indirecta, pues no obliga directamente a estos a acatarla, sino a los Estados miembros a incorporarla, por los medios que consideren, a su propio ordenamiento interno. Conviene apuntar que en determinados casos y bajo determinadas circunstancias las directivas pueden llegar a desplegar, en última instancia, cierto efecto directo.

⁴⁷ En este sentido se ha pronunciado el TJUE en la sentencia Halifax y Gemeente Leudsen (C-255/02 y C-7/02) al apuntar que la elección por el contribuyente de la forma menos gravosa de organizar un negocio o realizar una actividad económica caería fuera de la prohibición de abuso.

⁴⁸ Dicho posicionamiento será estudiado en profundidad más adelante.

*fiscal y presunción de fraude, así como... la asimilación del concepto de fraude con la idea de que, si se hubiese empleado otra forma jurídica diferente, se habría tributado más, interfiriéndose sobre el principio de la autonomía de la voluntad*⁴⁹.

Una vez analizado esta controversia desde una óptica tan teórica procederemos a continuación a elaborar un estudio más práctico analizando las distintas líneas jurisprudenciales y administrativas al respecto.

3.3.2- Soluciones comparadas

Legado este punto, creemos que resulta conveniente hacer un estudio comparativo de la línea jurisprudencial seguida por el TJUE y las resoluciones alcanzadas por nuestros tribunales nacionales. La doctrina de los tribunales europeos con respecto a la interpretación de los motivos económicos válidos comienza, como ya hemos mencionado, con la sentencia *Leur-Bloem* para luego ser matizada por otras sentencias como *Halifax*⁵⁰ *Cadbury Schweppes*⁵¹ o *Foggia-SGPS*⁵². Llegando a un punto donde se empieza a hablar de “motivos económicos de alto voltaje” donde la exigencia del *business purpose* es más rigurosa debido a lo que parece ser un nuevo test de sustancialidad de los motivos válidos en relación con los objetivos fiscales de la operación⁵³. Sintetizando los pronunciamientos del tribunal europeo al respecto podemos llegar a las siguientes conclusiones:

No se debe aplicar el régimen fiscal especial bajo dos supuestos distintos. Por un lado, cuando la operación de reorganización tenga por principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. Por otro lado, cuando se genera una presunción *iuris tantum*, de que “*la operación no se realice*

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) del 16 de febrero de 2011. (JUR 2011, 77310).

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 21 de febrero de 2002, Caso Halifax, (asunto C-225/02).

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 12 de septiembre de 2006, Caso Cadbury Schweppes, (asunto C-196/04).

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), del 10 de noviembre de 2011, Caso Foggia-SGPS, (asunto C-126/10).

⁵³ Hemos de hacer referencia a la diferencia de trato entre impuestos directos e indirectos y su relación con la apreciación de un propósito principal válido o uno de los principales válidos. Pues históricamente se distingue entre impuestos no armonizados, los a los cuales se les aplica un nivel de protección mayor, mientras que para los impuestos armonizados existe una menor resistencia al abuso por estar regulados completamente en la normativa comunitaria.

por motivos económicos válidos, como pueden ser la reestructuración o racionalización de actividades”.

Cuando una norma hace referencia a conceptos comunitarios, como el de los “motivos económicos válidos”, la uniformidad del Derecho comunitario implica que, aunque el caso estudiado se encuentre dentro del ámbito de aplicación nacional se deberán aplicar la interpretación que desprende el TJUE. Ello implica que las autoridades nacionales no deben dedicarse a aplicar unos criterios generales predeterminados, sino que es necesario un estudio individualizado caso por caso como ya hemos mencionado.⁵⁴

Haciendo referencia a Calderon Carrero,⁵⁵ puede ser perfectamente válida la operación basada en varios objetivos⁵⁶, entre los que pueden incluir aquellos de carácter fiscal, siempre y cuando estos no tengan un mayor peso que los de naturaleza económica. Adicionalmente, se insiste en una necesidad de realizar un examen global de la operación, donde el juicio sobre la existencia de un motivo económicamente válido no debe hacerse basándose en elementos aislados tomándolos como decisivos a nivel individual. En la sentencia Foggia-SGPS se dan una serie de circunstancias⁵⁷ en la que se pueden apreciar elementos que por sí mismos no pueden considerarse determinantes, pudiendo llegar a existir motivos económicos válidos que motiven una fusión donde la sociedad absorbida ya no ejercía ninguna actividad de gestión propia, como era el caso de esta sentencia.

Vista la línea jurisprudencial de los órganos europeos queda compararla con la actuación de la administración y los juzgados españoles. Antes de realizar un análisis más específico se ha de comentar que la actuación seguida dentro de nuestro país es bastante heterogénea, destacando una preponderancia de la administración hacía el empleo de la cláusula anti-abuso del artículo 89.2 de la Ley 27/2014 para justificar la no adhesión al régimen de: escisiones parciales subjetivas⁵⁸, motivos económicos válidos con doble finalidad o ventajas fiscales accesorias.

⁵⁴ Como veremos más adelante no creemos que en España se hayan seguido estas directrices.

⁵⁵ CALDERÓN CARRERO, J.M., Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula anti-abuso de la "Directiva de Fusiones": ¿hacia motivos económicos válidos de "alto voltaje"? Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, 2012, p.12-13

⁵⁶ Existe algo de controversia respecto de este punto como veremos más adelante al analizar los motivos económicos válidos de doble finalidad.

⁵⁷ Ver párrafos 35, 38 a 42 y 50 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), del 10 de noviembre de 2011, Caso Foggia-SGPS, (asunto C-126/10).

⁵⁸ Véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 22 de febrero de 2013 (JUR 2013, 160550).

A este respecto podemos mencionar la sentencia de la AN del 16 de febrero 2011⁵⁹ que en su fundamento jurídico octavo denuncia que “*Existe una preocupante tendencia, en la Administración tributaria, al abuso de las cláusulas antifraude provenientes de la legislación comunitaria y que han sido concebidas para combatir situaciones de elusión fiscal mediante la utilización de formas jurídicas desacostumbradas o manifiestamente inidóneas para el fin económico teóricamente perseguido.*”

Esta tendencia se agudiza para operaciones que implican la fragmentación de una entidad jurídica,⁶⁰ como es el caso de la escisión. La Administración se aprovecha de que la finalidad de la Directiva fuese armonizar las operaciones de fusión, (para facilitar la creación de sociedades multinacionales dentro del ámbito europeo y así hacer frente a los conglomerados americanos o chinos) y que las operaciones de escisión o canje de valores fuesen incluidas en un segundo plano acaparando menos la atención del legislador comunitario. Esta laxitud ha llevado a mayor margen de interpretación y aplicación del régimen especial fiscal por parte de las administraciones nacionales. Lo que ha permitido que en España se haya seguido una línea mucho más restrictiva de inclusión al régimen de operaciones de descomposición societaria que en otros países de la Unión Europea. La argumentación por parte de la DGT reside en que se incrementa la complejidad de la gestión fiscal y mercantil suponiendo mayores costes, sin embargo, lo que convenientemente no se tiene en cuenta son motivos potencialmente válidos como puede ser aprovecharse de una gestión especializada,⁶¹ o evitar una paralización de los órganos de gobierno que impida el correcto funcionamiento de la entidad.

Con respecto a problemas en el correcto desempeño de gestión de una sociedad por discrepancia de los socios, y para el caso de las escisiones subjetivas analizadas previamente, el recelo de la doctrina administrativa aumenta considerablemente llegando a precisar que no resulta aplicable el régimen fiscal especial a escisiones que solo pretendan la separación de socios. En cambio, a nuestro juicio, si la razón de la operación es solucionar discrepancias entre

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso – Administrativo) del 16 de febrero de 2011 (JUR 2011,77310).

⁶⁰ Véanse al respecto las contestaciones de la DGT del 12 de septiembre de 2002 (JT 2003, 80) (V0051-02) o la del 10 de junio de 2004 (JUR 2004, 187292) (V0064-04).

⁶¹ Al respecto, la contestación de la DGT del 21 de enero de 2003 (JT 2003, 254) (V0003-03) adujo que con la escisión parcial proporcional se estaría renunciando al disfrute de economías de escalas, incrementándose de esta forma los gastos de gestión.

los socios su adhesión al régimen debería ser claramente permitida⁶². No puede, por tanto, suponer un inconveniente que los motivos se enraícen en los socios pues finalmente lo que está en juego es la continuidad de la sociedad.

En estos casos, es frecuente que la doctrina administrativa y la jurisprudencia recuran de forma casi automática a la artificiosidad de la operación apoyándose en artículo 89.2 de la Ley 27/2014 para impedir la adhesión al régimen. Como ejemplo, la resolución TEAC del 26 de junio 2008⁶³ consideró que existía artificiosidad en la escisión estudiada. Para ello valoró la ausencia de proporcionalidad cualitativa como señal de ausencia de un motivo económico válido, lo cual, en conjunción con lo analizado previamente, nos parece un razonamiento vacío y repetitivo.

Con respecto a la posible regularización por parte de la Administración tributaria, regulada al final del artículo 89.2, está capacitada para determinar la inaplicación de forma total o parcial del régimen especial. Pero esta regularización solo puede incluir la supresión de los efectos derivados de la ventaja fiscal obtenida con la operación de reorganización sin poder tener un efecto punitivo más allá de este contorno⁶⁴.

En conclusión, podemos afirmar que en nuestro país se ha aprovechado el hecho de que el concepto de motivos económicos válidos no fuese un término definido claramente en la normativa comunitaria. Desde la propia legislación, pues nuestro ya mencionado artículo 82.9 LIS omite el término “presunción” presente en la Directiva y opta por la utilización del término “no aplicación” en caso de que la operación de reestructuración no se realice por motivos económicos válidos. Hasta la Administración tributaria, que en cuanto considera que una operación tiene como objetivo aprovecharse de una ventaja fiscal, independientemente de cualquier otra posible razón económica, impide la adhesión al régimen sin tener que constituir que la evasión fiscal o el fraude constituyen la finalidad principal de la operación.⁶⁵

⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana del 2 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 465784) donde se acepta que solventar la discrepancia de criterios de gestión entre socios constituía una motivación válida.

⁶³ Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, (RG 0680/2008).

⁶⁴ LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A., Memento práctico: Impuesto sobre sociedades. Francis Lefebvre, 2016. p. 1445

⁶⁵ Resoluciones de la DGT del 19 y 20 de septiembre de 2011 [V2134-11 (NCF042397) y V2145-11 (NCF042434)].

Finalmente, existe una gran desconfianza ante las operaciones con posibilidades de que el fin último acabe siendo la venta de acciones. En más de una ocasión la DGT ha considerado que una operación de escisión era susceptible de incluirse en el régimen especial, pero en última instancia ha impedido su adhesión si existía una relevante probabilidad de que posteriormente se donasen o vendiesen acciones entre las partes de dicha operación, algo que analizaremos en profundidad a continuación.

3.3.3- Los motivos económicos válidos con doble finalidad y el concepto rama de actividad

Existe una preponderancia por parte de la administración en España a excluir operaciones de reorganización empresarial régimen fiscal especial si adicionalmente a un primer objetivo de reestructuración existe un segundo motivo. Se argumenta para ello que la exclusión proviene de una valoración de la operación en su conjunto, como manda la normativa europea.

Como señala Álvarez Barbeito⁶⁶, dicha tendencia se puede ver claramente reflejada en las consultas vinculantes de la DGT del 9 y 10 de junio de 2016⁶⁷. Si analizamos la primera consulta el caso trata una escisión parcial de una rama de actividad, (concepto que analizaremos más adelante) donde inicialmente se apreciaban motivos económicos válidos pero que a posteriori se excluyó del régimen considerando que una posterior transmisión de la empresa beneficiaria ponía en duda la finalidad perseguida por la operación analizada de forma conjunta. Por su parte, la segunda consulta, la DGT valoró una reorganización empresarial llevada a cabo en el seno de un grupo familiar cuyo fin último era facilitar un relevo generacional, sin que se descartase la posibilidad de donar en un futuro las acciones de las empresas nacidas por dicha reorganización. En base a esto, se consideró que dichas operaciones darían lugar a lo que en la práctica resultaría como una escisión total no proporcional, lo que como sabemos, requiere que los activos traspadados a cada empresa beneficiaria constituyesen una rama de actividad individualizada. Y al no cumplirse este requisito, la DGT consideró que el régimen de neutralidad no era aplicable.

Esta forma de proceder de la administración no está respaldada jurisprudencialmente, de

⁶⁶ ÁLVAREZ BARBEITO, P., Motivos económicos válidos en escisiones parciales con doble finalidad: reestructuración empresarial y preparación del relevo generacional de la empresa, Análisis GA&P, noviembre 2016. p.1.

⁶⁷ Consultas vinculantes de la DGT, del 9 de junio de 2016, (V2535-16) y del 10 de junio de 2016, (V2572-16).

hecho, la sentencia del 2 de junio del 2016 de la Audiencia Nacional⁶⁸, como respuesta a un pronunciamiento similar a los expuestos, concretamente del 3 de diciembre de 2010⁶⁹, se opone a una exclusión cuasi automática de la aplicación del régimen fiscal especial cuando concurren motivos económicos válidos con doble finalidad.

En su apartado tercero, dentro de los fundamentos de derecho establece que: *“La aplicación de este régimen exige la concurrencia de dos requisitos: la transmisión de **“rama de actividad”** y la existencia de un **“motivo económico válido”** en la operación.”*

Pese a que en este caso la Administración no cuestiona en ningún momento la concurrencia del primero de los criterios, resulta interesante hacer un inciso en el estudio de esta sentencia para tratar la valoración jurídica que se le da al término fiscal “rama de actividad” y su discutida relación con el término “unidad económica”.

Rama de actividad es un concepto impreciso que ha ido evolucionando en nuestra jurisprudencia, dándose paulatinamente una mayor flexibilización de los requisitos necesarios para determinar la existencia de una rama de actividad en un patrimonio segregado.

Por un lado, el artículo 70.1 de la LME incluye el término unidad económica al definir la escisión parcial de la siguiente forma: *“Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una **unidad económica**, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.”*

Por otro lado, el artículo 76.4 de la LIS define rama de actividad como: *“el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una **unidad económica** autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”.*

⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso – Administrativo) del 2 de junio de 2016. Rec. n.o 289/2016

⁶⁹ Contestación de la DGT del 03/12/2010 (V2635-10)

La Administración siempre ha defendido que se tratan de conceptos distintos, una valoración a la que no nos oponemos *per se*, pero la disputa doctrinal surge a la hora de justificar dicha afirmación ya que los argumentos ofrecidos han sido siempre muy parcos y de escaso fundamento. A modo de ejemplo, podemos citar la resolución del TEAC del 19 de enero de 2007⁷⁰ donde proclama que el Derecho tributario tiene autonomía para decidir cuáles de entre las escisiones mercantiles pueden acogerse al régimen especial, un argumento de poco valor que no aporta demasiado a la discusión jurídica. Parece más que la Administración tributaria trata de cubrirse las espaldas defendiendo su autonomía, pues de asemejarse ambos conceptos podría argumentarse que una vez calificada una escisión parcial por el registrador mercantil, la Administración ya no estaría legitimada a oponerse a dicha calificación en caso de considerar que el conjunto patrimonial estudiado no fuese una rama de actividad.

Sobre lo que sí que parece que hay algo más de consenso entre la doctrina es en la consideración de que el patrimonio segregado tiene que haber constituido una explotación económica en la entidad aportante y posteriormente seguir siéndolo en la adquiriente. Pese a esto, no resulta necesario que se transmitan todos los bienes que existan en la rama de actividad de la aportante, siempre y cuando se pueda seguir desarrollando la actividad de forma equivalente. A este respecto podemos poner como ejemplo la consulta vinculante del 14 de mayo de 2013⁷¹ donde el no haber transmitido unos terrenos de naturaleza urbana no imposibilita que se lleve a cabo la actividad agrícola (rama de actividad escindida) en sede de la adquiriente, pues los terrenos se le ceden para su uso a través de un contrato de arrendamiento entre ambas entidades.

Volviendo a la sentencia de la AN, sobre la exclusión de la aplicación del régimen fiscal especial cuando concurren motivos económicos válidos con doble finalidad, nos vamos a centrar en el estudio que se hace en esta sentencia de dicho concepto. Recordemos que la administración después de en un primer momento considerar que se cumplían con todos los requisitos para la adhesión de la operación al régimen de neutralidad, termina concluyendo que atendiendo a un estudio global de la operación se aprecia que la finalidad era la obtención de una ventaja fiscal.

La AN, como parece coherente, se muestra contraria a este planteamiento y por ello señala, en su tercer fundamento de derecho, apartado d), que: “*Partiendo de tales hechos, debemos*

⁷⁰ Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, del 19 de enero de 2007, (JT\2007\680)

⁷¹ Contestación de la DGT del 14/05/2013 (V1596-13)

comenzar señalando que, en términos generales, a la hora de examinar la concurrencia de un motivo económico válido (necesario para poder aplicar el régimen especial de escisiones), no cabe apreciar que la persecución de un objetivo de reorganización empresarial deba ser considerado, necesaria e inevitablemente, como incompatible con la simultánea persecución de otro objetivo, debiendo estarse en cada caso a las circunstancias concretamente concurrentes para resolver sobre la compatibilidad de los objetivos perseguidos.”

Adicionalmente, unos párrafos después, establece que: *“El TEAC parece inclinarse por entender que la presencia de esta segunda finalidad de la operación excluiría, anularía o haría desaparecer, por definición, la primera. Sin embargo, esto no tiene por qué ser necesariamente así y, desde luego, no podemos aceptar aquella apreciación sin que se justifiquen las razones por las que deba entenderse que en este caso concreto concurre esa incompatibilidad absoluta de objetivos, puesto que, en principio, nada impide que, legítimamente, se pueda perseguir en la escisión, a la vez, un doble objetivo”*.⁷²

Como expone Álvarez Barbeito⁷³, una vez excluido que existe una completa incompatibilidad entre los dos objetivos, deberíamos centrarnos en valorar si el objetivo principal es realmente el de la reorganización empresarial. Teniendo en cuenta que el TEAC no realiza en ningún momento esta valoración y solamente se ocupa negar la existencia de motivo económico válido debido a las donaciones posteriores, no encontramos motivos para que esta operación no pueda adherirse al régimen especial.

Por lo tanto, como venimos reiterando a lo largo de todo el trabajo, defendemos que se lleve a cabo una valoración conjunta de la operación donde se tengan en cuenta todos los motivos que conduzcan a su realización y se determine si se trata de una verdadera operación de reorganización por motivos económicos válidos. Lo importante es que la operación sea acorde a la finalidad de la Directiva y que no se realice única y exclusivamente por cuestiones fiscales.

⁷² Conclusión corroborada por la sentencia del TS (Sala de lo Contencioso - Administrativo) de 17 de marzo de 2016. (RJ: 2581/2014).

⁷³ ÁLVAREZ BARBEITO, P., Motivos económicos válidos en escisiones parciales con doble finalidad: reestructuración empresarial y preparación del relevo generacional de la empresa, Análisis GA&P, noviembre 2016. p.2.

4.- CONSIDERACIONES FINALES

De todo el estudio llevado a cabo podemos inferir varias conclusiones sobre las distintas apreciaciones que existen actualmente a la hora de decidir si una operación de reestructuración empresarial, y en particular las escisiones, pueden incluirse en régimen de neutralidad fiscal.

En primer lugar, creemos que existe una **predisposición por parte de la administración pública a excluir del régimen** operaciones cuya adhesión exija una valoración más detallada. Esto no es de extrañar teniendo en cuenta la ambigüedad jurídica que existe en relación a términos analizados como los motivos económicos válidos o la proporcionalidad cualitativa. No es por tanto tan sorprendente que la DGT se haya “aprovechado” de esta situación empleando valoraciones predeterminadas en casos como: las escisiones subjetivas, la presunción automática de fraude cuando no se aprecien motivos económicos claros o el empleo excesivo de la cláusula anti-abusiva cuyo uso debería ser excepcional.

A nuestro parecer parte del problema proviene de que se realiza una apreciación únicamente teniendo en cuenta la normativa nacional y **no se busca una interpretación basada en la normativa europea** de la que proviene. En casos donde hay una menor seguridad jurídica la administración ha decidido actuar de forma autónoma en vez de buscar apoyo de otras fuentes de derecho europeo.

Consideramos que la jurisprudencia también ha sido bastante volátil al respecto, pero pese a ello apreciamos una **reciente homogeneización más en línea con los planteamos del TJUE** lo cual representa un cambio sustancial y positivo hacía la correcta aplicación de régimen fiscal especial. Es ahora cuando se debe imponer este rumbo a la administración pública buscando que se apliquen un criterios justos e iguales para los casos más complejos desde un punto de vista subjetivo, como los puestos en relieve en este trabajo donde se han llegado a realizar valoraciones de muy dudosa validez jurídica.

Recalamos por última vez, la necesidad de llevar a cabo una **valoración individualizada de cada operación** de reestructuración donde se haga un **examen global** en el cual se le quite algo de peso a la apreciación de motivos económicos válidos. Defendemos esto teniendo en cuenta que la falta de motivos económicos válidos se esgrime solamente como una presunción

iuris tantum de evasión o fraude fiscal y no como una condición absolutamente necesaria para que la operación pueda adherirse al régimen especial.

Adicionalmente, nos gustaría recordar la **finalidad del régimen especial**, que no es otra que **no disuadir a las entidades de llevar a cabo reestructuraciones por motivos fiscales**. Parece ser que esta finalidad hoy en día se ha olvidado y que estamos ante un tratamiento preferencial y excepcional donde se tiene que probar una completa falta de ventajas fiscales además de unos motivos económicos de gran peso para poder beneficiarse de ella.

Sería muy positivo, tanto a nivel legal como económico que se pusieran en marcha las medidas necesarias para resolver las disputas y dudas acerca del régimen de neutralidad que llevan planteándose desde su transposición hace más de veinticinco años. A nuestro juicio la **positivación** de algunos de los términos controversiales estudiados, junto con la elaboración de unas **pautas de actuación claramente delimitadas** y que fuesen aplicadas tanto por la Administración como por la jurisprudencia de forma homogénea serían la mejor solución a esta cuestión.

6.- BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Directiva 90/434/CEE del Consejo, del 23 de julio de 1990, 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. (DOL núm. 225, 20/08/1990)

Directiva 2016/1164 del Consejo, del 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DOL núm. 193, 19/07/2016)

Ley 61/1978, del 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 312, 30/12/1978)

Ley 43/1995, del 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. (BOE núm. 310, 28/12/1995)

Ley 27/2014, del 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, 28/11/2014)

Ley 76/1980, del 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas (BOE núm. 9, 10/01/1981)

Ley 29/1991, del 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. (BOE núm. 301, 17/12/1991)

Ley 14/2000, del 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE núm. 313, 30/12/2000)

Ley 58/2003, del 17 de diciembre. Ley General Tributaria. (BOE núm. 302, 18/12/2003)

Ley 3/2009, del 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. (BOE núm. 82, de 04/04/2009)

Real Decreto Legislativo 1564/1989, del 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE núm. 310, 27/12/1989)

Real Decreto del 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. (BOE núm. 289, 16/10/1985)

Real Decreto Legislativo 4/2004, del 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. (BOE núm. 61, 11/03/2004)

Real Decreto 1777/2004, del 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. (BOE núm. 189, 06/08/2004)

JURISPRUDENCIA

Pronunciamientos administrativos:

Dirección General Tributaria:

Consulta vinculante de la DGT, del 16 de julio de 2009, (V1704-09)

Consulta vinculante de la DGT, del 21 de mayo de 2002, (V0015-02)

Consulta vinculante de la DGT, del 14 de mayo de 2013, (V1596-13)

Consulta vinculante de la DGT, del 1 de agosto de 2002, (V0043-02)

Consulta vinculante de la DGT, del 5 de septiembre de 2003, (V0053-03)

Consulta vinculante de la DGT, del 16 de diciembre de 2008, (V2376-08)

Consulta vinculante de la DGT, del 27 de julio de 1999, (V1420-99)

Consulta vinculante de la DGT, del 12 de septiembre de 2002, (V0051-02)

Consulta vinculante de la DGT, del 10 de junio de 2005, (V0064-04)

Consulta vinculante de la DGT, del 21 de enero de 2003, (V0003-03)

Consulta vinculante de la DGT, del 19 de septiembre de 2011, (V2134-11)

Consulta vinculante de la DGT, del 20 de septiembre de 2011, (V2145-11)

Consulta vinculante de la DGT, del 9 de junio de 2016, (V2535-16)

Consulta vinculante de la DGT, del 10 de junio de 2016, (V2572-16)

Tribunal Económico Administrativo Central:

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, del 26 de junio de 2008 (RG 3849/2008)

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, del 8 de enero de 2015, (RG 6298/2012)

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, del 24 de abril de 2012, (RG 3158/2010)

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, del 21 de marzo de 2013, (RG 4118/2010)

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central del 1 de junio de 2006, (RG 3077/2003)

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, del 19 de enero de 2007, (RG 0680/2007)

Sentencias:

Comunitarias:

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, del 17 de julio de 1997, Caso A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, (asunto C-28/95)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 21 de febrero de 2002, Caso Halifax, (asunto C-225/02)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), del 29 de abril de 2004, Caso Gemeente Leudsen, (asunto C-7/02)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 12 de septiembre de 2006, Caso Cadbury Schweppes, (asunto C-196/04)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 21 de febrero de 2008, Caso Part service, (asunto C-402/06) par 40

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), del 10 de noviembre de 2011, Caso Foggia-SGPS, (asunto C-126/10).

Nacionales:

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala tercera de lo Contencioso - Administrativo, Sección 7a) del 8 de marzo de 2012. (RJ: 2012/5049)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso - Administrativo) del 24 de enero de 2013. (RJ: 2013/2604)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección 2a) del 16 de mayo de 2013. (RJ: 2013/4673)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso - Administrativo) del 20 de julio de 2014. (RJ: 2014/5203)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso - Administrativo) del 17 de marzo de 2016. (RJ: 2581/2014)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2a) del 26 de febrero de 2004. (JT 2004/1035)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) del 16 de febrero de 2011. (JUR 2011, 77310)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso – Administrativo) del 19 de septiembre de 2013. (Rec. n.o 234/2010)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso – Administrativo) del 2 de junio de 2016. (Rec. n.o 289/2016)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares del 22 de abril de 2009 (JUR 2009, 366147).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana del 2 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 465784)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 22 de febrero de 2013 (JUR 2013, 160550).

OBRAS DOCTRINALES Y ARTÍCULOS DE REVISTAS JURÍDICAS

ÁLVAREZ BARBEITO, P., Motivos económicos válidos en escisiones parciales con doble finalidad: reestructuración empresarial y preparación del relevo generacional de la empresa, *Análisis GA&P*, noviembre 2016

BÁEZ MORENO, A., Algunas reflexiones sobre la prohibición de analogía en derecho tributario. *Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*. Tomo I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2010

BALLESTER COLOMER, J.: “La escisión y operaciones de similar alcance” en la obra colectiva: *Las operaciones societarias de modificación estructural*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001

CALDERÓN CARRERO, J.M., *Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula anti-abuso de la "Directiva de Fusiones": ¿hacia motivos económicos válidos de "alto voltaje"?* Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, 2012, p. 5-40

CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades: aspectos prácticos mercantiles y fiscales*, La ley, 2016

CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones en el Impuesto sobre Sociedades: cuestiones conflictivas*. Carta tributaria. Monografías Nº. 18, 2011, p. 3-37

DE LA FERIA, R., VOGENAUER S., *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?* Hart Publishing, 2011

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

GARCÍA RIOS, J.J., *Las reestructuraciones empresariales: aspectos fiscales de la segregación* Quincena fiscal, Nº 12, 2010, p. 35-62

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, B., “El motivo económico válido en las operaciones de reestructuración empresarial”, Trabajo de fin de Máster, febrero 2015.

LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A., *Memento práctico: Impuesto sobre sociedades*. Francis Lefebvre, 2016.

LÓPEZ TELLO, J., Una nueva visión del régimen fiscal especial de escisiones: la sentencia de la audiencia nacional de 16 de febrero de 2011, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011

LÓPEZ TELLO, J. y CREMADES SCHULZ, M., El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2010

MARÍN BENÍTEZ, G., *La relevancia jurídica de la motivación fiscal. Influencia del business purpose en el ordenamiento tributario español*. Madrid, Dykinson, 2009

PALAO TABOADA, C., Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresarial en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2009

PÉREZ ROYO, I., *Derecho financiero y tributario. Parte general*, 23a ed., Civitas, 2013

PRADA LARREA, J.L., “Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales”, *Revista Técnica Tributaria*, nº 86, julio-septiembre 2009.

SÁNCHEZ MANZANO, J.D., *La regla de proporcionalidad como rasgo caracterizador de la escisión desde la óptica fiscal: Los filtros insertados por los criterios administrativos para aceptar la tutela de las escisiones subjetivas dentro del régimen fiscal de la reestructuración empresarial*, Quincena fiscal, Nº 4, 2015, p. 43-63

VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción” en la obra colectiva: *Las operaciones societarias de modificación estructural*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001

VIVES RUIZ, F., “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho de Sociedades Tomo II*, 2o edición, Aranzadi, SA, Pamplona, 2013.