



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS EN
LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN
EMPRESARIAL**

Autor: Álvaro Silva López

5º E3-D (Derecho y ADE)

Área de Derecho Financiero y Tributario

Tutor: Prof. D. Ramón Casero Barrón

Madrid

Junio 2020

Resumen

El Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014 regula un régimen fiscal especial para las operaciones de reestructuración societaria basado en la neutralidad fiscal a través del diferimiento de la carga tributaria. Como la propia norma indica en su artículo 89.2, este régimen fiscalmente beneficioso no resulta de aplicación cuando la operación no ha sido realizada por *motivos económicos válidos*. La indeterminación jurídica de lo que constituye un *motivo económico válido* ha generado una prolija discusión doctrinal y jurisprudencial que, en la actualidad, sigue sin haberse cerrado. El objetivo de este trabajo es precisamente estudiar y analizar los *motivos económicos válidos* de las operaciones de reestructuración empresarial.

Palabras clave

Neutralidad fiscal, diferimiento, régimen fiscal especial, operaciones de reestructuración, motivos económicos válidos, fraude fiscal, evasión fiscal, fusiones, escisiones.

Abstract

Chapter VII of Title VII of Law 27/2014 regulates a special tax regime for corporate restructuring operations based on tax neutrality through tax deferral. As the regulation itself indicates in its Article 89.2, this tax-neutral regime does not apply when the operation has not been carried out for valid economic reasons. The legal indetermination of what constitutes a valid economic reason has generated a lengthy doctrinal and jurisprudential discussion that, currently, remains unresolved. The objective of this work is precisely to study and analyze the valid economic reasons for business restructuring operations.

Key words

Tax neutrality, tax deferral, special tax regime, corporate restructuring operations, valid economic reasons, tax fraud, tax evasion, mergers, demergers.

Abreviaturas

- AEAT: Agencia Estatal de Administración Tributaria
- AN: Audiencia Nacional
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CE: Consejo de la Unión Europea
- CEE: Consejo de las Comunidades Europeas
- Cit.: Obra citada
- Coord.: Coordinador
- DGT: Dirección General de Tributos
- Id.: Idem
- IS: Impuesto sobre Sociedades
- núm.: Número
- rect.: Rectificación
- TEAC: Tribunal Económico-Administrativo Central
- TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TS: Tribunal Supremo
- SA: Sociedad Anónima
- SE: Sociedad Anónima Europea
- SCE: Sociedad Cooperativa Europea

Índice de contenido

1. Introducción	5
2. El régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial en España	7
3. La Directiva 2009/133 y los motivos económicos válidos	10
4. Jurisprudencia europea sobre los motivos económicos válidos	13
4.1 STJCE <i>Leur-Bloem</i>	13
4.2 STJUE <i>Zwijnenburg</i>	16
4.3 STJUE <i>Foggia</i>	18
5. La transposición del régimen de la Directiva 2009/133 a la legislación española.....	21
6. La carga de la prueba de los motivos económicos válidos	24
7. Doctrina administrativa española sobre los motivos económicos válidos	30
8. Jurisprudencia española sobre los motivos económicos válidos	35
9. Conclusiones	39
10. Bibliografía	41

1. Introducción

Las operaciones de reestructuración empresarial, desde el punto de vista económico, son “operaciones que suponen una alteración de la empresa societaria consistentes en la modificación sustancial de su estructura organizativa. En todos los casos modifican la forma en que se mantiene la titularidad del patrimonio social”¹. La importancia de este tipo de operaciones en la praxis mercantil es capital puesto que permiten a la sociedad transformar y reorganizar su estructura, lo cual en muchas ocasiones resulta indispensable para que la actividad de la sociedad pueda continuar desarrollándose y esta no se vea abocada a su extinción.

Dada la trascendencia de las operaciones de reestructuración, el Consejo de las Comunidades Europeas valoró la importancia de limitar los obstáculos e impedimentos a este tipo de operaciones y, a tal efecto, estableció un régimen fiscal especial para las mismas a través de la Directiva 90/434/CEE. Este régimen especial se basaba en la neutralidad fiscal respecto a estas operaciones, logrado a través del diferimiento de la carga tributaria². No obstante, como el propio Consejo de las Comunidades Europeas reconocía en el Considerando último de la citada Directiva, resultaba imprescindible prever la facultad de inaplicar este régimen especial cuando el fin perseguido por una operación fuera el fraude o la evasión fiscal. Para poder apreciar esa voluntad defraudatoria, la Directiva dispuso en su artículo 11 que la ausencia de unos *motivos económicos válidos* que promoviesen la realización de la operación en concreto podría constituir una presunción de esa finalidad de fraude o evasión fiscal.

No obstante, a pesar de establecer que la inexistencia de *motivos económicos válidos* puede constituir una presunción de fraude o evasión fiscal, ni la Directiva 90/434/CEE, ni la posterior Directiva 2009/133/CE, ni la legislación española encargada de trasponer definió de manera alguna este concepto de *motivos económicos válidos*. La indeterminación jurídica de este concepto ha generado una prolija discusión doctrinal y jurisprudencial, tanto a nivel nacional como europeo, que ha ido aportando los criterios necesarios para poder delimitar en qué casos se considera un *motivo* de una operación de reestructuración es *económicamente válido*, a

¹ VIVES RUIZ, F., *Las modificaciones estructurales de las sociedades*, en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho de Sociedades Tomo II*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2013, p. 264.

² Considerando primero de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros

efectos del régimen fiscal especial. En la actualidad, existen ciertos *motivos* cuya admisión como *económicamente válidos* ha sido aceptada pacíficamente, pero la discusión sigue latente en otros casos.

Por este motivo, el objetivo principal de este trabajo es analizar los criterios y requisitos que jurisprudencia y doctrina han empleado a la hora de examinar la concurrencia de los *motivos económicos válidos*. Del mismo modo, resulta interesante estudiar otros elementos relevantes alrededor de este concepto, como podría ser la carga de la prueba, es decir, sobre quién recae el *onus probandi* de acreditar la existencia o ausencia de *motivos económicos válidos*.

Para lograr este objetivo, la metodología implementada consiste en el análisis normativo de tanto las Directivas europeas como de la legislación nacional que las traspone, y en el estudio de la jurisprudencia europea, doctrina administrativa española y jurisprudencia nacional relacionada con los *motivos económicos válidos*.

En este sentido, la estructura del trabajo estará dividida en diez epígrafes. Tras esta introducción, el primer epígrafe se centrará en desarrollar los aspectos básicos del régimen fiscal especial, cuestión imprescindible para poder entender la relevancia del requisito de la concurrencia de *motivos económicos válidos*. Seguidamente, se desarrollarán las disposiciones de las Directivas europeas citadas relativas a los *motivos económicos válidos*. A continuación, se analizarán los pronunciamientos más relevantes para este tema del TJUE y TJCE. Analizado el sistema introducido por las Directivas y los criterios aportados por la jurisprudencia europea, podremos estudiar en el siguiente epígrafe la transposición a nivel nacional de este régimen especial. En el siguiente epígrafe, nos centramos en la carga de la prueba, puesto que los cambios legislativos introducidos con la Ley 14/2000 hacen de este aspecto una cuestión especialmente interesante. A continuación, analizaremos la doctrina administrativa relativa a otras cuestiones generales de los *motivos económicos válidos* y, posteriormente, se examinará la jurisprudencia española de mayor relevancia. Finalmente, en el epígrafe anterior a la bibliografía se expondrán las conclusiones del trabajo realizado.

2. El régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial en España

El 23 de julio de 1990, el Consejo de la Unión Europea (denominado en aquel entonces como Consejo de las Comunidades Europeas) publicó la Directiva 90/434/CEE, por la que se introdujo un novedoso régimen fiscal que resultaba de aplicación para operaciones societarias de reestructuración.

En concreto, la citada Directiva recogía un régimen fiscal para las operaciones de fusión y escisión de sociedades, aportaciones de activos y canjes de acciones, todas ellas cuando fuesen llevadas a cabo entre empresas dentro del ámbito comunitario. Asimismo, el Consejo de la Unión Europea, en aras de una mayor racionalidad y claridad³, codificó este régimen mediante la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009, ampliando el alcance del mismo para incluir también las operaciones de traslado del domicilio social de las Sociedades Europeas, así como de las Sociedades Cooperativas Europeas, cuando dichos traslados tuviesen lugar entre países integrantes de la Unión Europea.

Este régimen fiscal especial, introducido por la Directiva 90/434/CEE y actualizado por la vigente Directiva 2009/133/CE, ha sido traspuesto a la normativa española y en la actualidad se encuentra regulado en el capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, correspondiente con los artículos del 76 al 89 de dicha Ley.

El objetivo principal de este régimen especial es la consecución de neutralidad fiscal en lo relativo a las operaciones sujetas al mismo. Como desarrollaremos más adelante, la neutralidad fiscal consiste en lograr que el tratamiento fiscal de las operaciones de reestructuración no suponga un impedimento para la realización de las mismas, así como tampoco debe constituir el aliciente que las motive de manera principal⁴.

Para poder alcanzar esta neutralidad fiscal, lo que establece este régimen especial es el diferimiento de las plusvalías que se pudiesen poner de manifiesto con ocasión de cada una de las operaciones de reestructuración sujetas al mismo.

³ Considerando primero de la Directiva 2009/133 del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

⁴ Resolución vinculante de la DGT de fecha 28 de enero de 2015 a consulta número V0320-15, entre otras.

De este modo, una eventual renta generada por la diferencia entre el coste de adquisición originario de los elementos que se vayan a transmitir y el valor por el que se transmitan no integraría la base imponible de la sociedad que transmite dichos elementos, siempre y cuando se dé cumplimiento a las condiciones recogidas en el artículo 77 de la Ley 27/2014⁵.

Por otro lado, los bienes y derechos que se adquieran por medio de estas operaciones deberán ser valorados fiscalmente por el valor fiscal que tuviesen en la sociedad transmitente antes de que se produjese la operación. Asimismo, a efectos fiscales la fecha de adquisición de estos bienes y derechos tendrá que coincidir con la fecha de adquisición que tuviesen antes de la operación fuese llevada a cabo⁶.

Al objeto de poder apreciar con claridad estas disposiciones, podemos servirnos de un ejemplo práctico sencillo que nos ayude a entender de manera simplificada el funcionamiento de este régimen especial.

Así, podemos plantearnos un supuesto de un canje de valores en el que la sociedad X quiere adquirir la totalidad de las acciones que integran el capital social de la sociedad Y. Las acciones de Y son propiedad del Señor A, socio único que las adquirió el 1 de enero de 2010 por un total de 50.000 euros, sin embargo, en la actualidad su valor de mercado es de 100.000 euros. La sociedad X y el señor A alcanzan un acuerdo el 31 de marzo de 2020 por medio del cual la sociedad X le entregará al Señor A acciones de X valoradas en 100.000 euros y, a cambio, el Señor A le entregará a la sociedad X la totalidad de las acciones que integran el capital social de la sociedad Y.

Desde el punto de vista mercantil, el Señor A ha dejado de ser socio único de la sociedad Y para pasar a participar en el capital social de X y la sociedad X ha pasado a ser socio único de la sociedad Y.

Como se puede comprobar, el Señor A ha obtenido una importante plusvalía en esta operación, puesto que ha entregado acciones que le costaron 50.000 euros y, a cambio, ha recibido acciones valoradas en 100.000 euros. No obstante, gracias al acogimiento al régimen especial, no tendrá que tributar por esa plusvalía de 50.000 euros. Por el contrario, deberá valorar, a efectos fiscales, las acciones recibidas por el valor que tenían las acciones entregadas, manteniendo la fecha de adquisición de las acciones entregadas. De este modo, valorará

⁵ *Memento Práctico Fiscal 2020*, Edición especial AEAT, Editorial Francis Lefebvre, Madrid.

⁶ *Id.*

fiscalmente las acciones de X recibidas por 50.000 euros y mantendrá como fecha de adquisición el 1 de enero de 2010. En consecuencia, si posteriormente decidiese vender su participación en X y lo hiciese, por ejemplo, por 120.000 euros en una operación a la que no le fuese de aplicación el régimen especial, la plusvalía por la que debería tributar con ocasión de esta segunda operación no sería de 20.000 euros (Valor recibido de 120.000 euros – Valor de las acciones de 100.000 euros), sino que sería una plusvalía de 70.000 euros, resultado de la diferencia entre el importe de 50.000 euros por el que se ha tenido que valorar las acciones recibidas de X y los 120.000 euros recibidos en la segunda operación.

Del mismo modo, para la sociedad X el artículo 80.2 de la Ley 27/2014 establece que “*los valores recibidos por la entidad que realiza el canje de valores se valorarán, a efectos fiscales, por el valor fiscal que tenían en el patrimonio de los socios que efectúan la aportación*”⁷ por lo que las acciones recibidas de Y se valorarán fiscalmente por el valor de 50.000 euros que tenían en el patrimonio del Señor A. En consecuencia, si la sociedad X vendiese posteriormente su participación en Y por 120.000, tributaría también por una plusvalía de 70.000 euros.

Como vemos, la aplicación del régimen especial no ha determinado la “*exención*” de la plusvalía generada. Únicamente se ha producido su diferimiento a un momento posterior en el que se tendrá que tributar por la diferencia entre el valor de la operación y el valor original de las acciones entregadas.

Por otro lado, debe señalarse que a nivel nacional las operaciones de reestructuración son objeto de una ley específica, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. A pesar de que en esta norma se encuentren definidas las distintas operaciones de reestructuración empresarial, lo cierto es que la Ley 27/2014 dedica su artículo 76 a exponer definiciones de lo que se entiende a efectos fiscales por “*fusión*”, “*escisión*”, “*aportación no dineraria de rama de actividad*” o “*canje de valores*” puesto que existen ciertos matices que distinguen estas definiciones respecto a las contenidas en la Ley 3/2009 o directamente no se incluyen, como en el caso del canje de valores. Del mismo modo, al definir las operaciones a las que se les aplica este régimen especial, la norma tributaria está permitiendo que operaciones llevadas a cabo bajo el régimen mercantil de otro país también puedan beneficiarse, a efectos fiscales, a este régimen especial⁸.

⁷ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁸ GÓMEZ-BARREDA GARCÍA, R., *Régimen Fiscal de las Operaciones de Reorganización Empresarial*, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. (Coord.), *Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2008, p.661.

3. La Directiva 2009/133 y los motivos económicos válidos

Una vez explicado el funcionamiento básico de este régimen especial, debemos centrarnos en el origen de los *motivos económicos válidos*, cuya ausencia determina la inaplicación del régimen. Como ya se ha señalado, la primera referencia a los “*motivos económicos válidos*” de una operación de reestructuración la encontramos en el artículo 11 de la ya referida Directiva 90/434/CEE (reproducido posteriormente en el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE)⁹. En la letra a) del apartado primero de este artículo 11 se indicaba que cualquier Estado Miembro *podrá negarse* a aplicar el beneficioso régimen previsto por la Directiva cuando la operación de reestructuración en cuestión:

*“Tenga 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”¹⁰.*

La redacción de esta cláusula, que se mantuvo con la entrada en vigor de la posterior Directiva 2009/133/CE, nos permite realizar varios comentarios sobre el funcionamiento de la misma.

En primer lugar, debe hacerse una reflexión acerca de la aplicación potestativa y no preceptiva de esta cláusula. Los Estados Miembros tienen la **posibilidad (pero no la obligación)** de negarse a aplicar el régimen de la Directiva cuando la operación de reestructuración persiga fines de fraude o evasión fiscal. A tal efecto, que la operación en cuestión no haya sido llevada a cabo por motivos económicos válidos “*puede*” considerarse como una “*presunción*” de fraude o evasión fiscal.

Por un lado, parece que el legislador europeo está otorgando a los Estados Miembros la posibilidad de decidir si quieren admitir el fraude o la evasión fiscal en este tipo de operaciones,

⁹ VILLAR EZCURRA, M., “Los efectos en el Derecho español de la doctrina del *business purpose* y de la noción comunitaria de motivo económico válido”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 239, 2004.

¹⁰ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

puesto que, si *pueden*, pero no tienen por qué, los Estados pueden decidir aplicar el régimen de la Directiva incluso en aquellas operaciones que persigan únicamente defraudar impuestos.

Evidentemente, ningún Estado Miembro optaría por permitir que se produjese el diferimiento previsto por el régimen fiscal de la Directiva 2009/133 cuando una operación se realice únicamente con el objetivo de llevar a cabo un fraude fiscal, por lo que el Consejo de la Unión Europea podría haber optado por establecer que estará prohibido facilitar ese diferimiento cuando se persigan fines abusivos, en vez de dejar este aspecto a decisión de los Estados Miembros.

Por otro lado, respecto a los *motivos económicos válidos*, podemos señalar que el legislador comunitario no establece taxativamente que su ausencia implique una presunción de fraude o evasión fiscal, sino que deberán ser los Estados Miembros los que, al transponer la Directiva, decidan si consideran que esta ausencia de motivos económicos constituye una presunción de fraude o evasión fiscal o no. De hecho, el legislador español, como se analizará más adelante, optó por no incluir inicialmente la ausencia de *motivos económicos válidos* como presunción de fraude o evasión fiscal en la normativa que traspuso la referida Directiva, aunque en modificaciones posteriores a esta transposición sí se incluyó finalmente esta presunción. Por otro lado, es digno de mención que, aunque inicialmente no estuviese previsto en la legislación española, la jurisprudencia española dictaminó que la concurrencia de *motivos económicos válidos* era exigible incluso cuando no estaba expresamente regulada en la normativa española de transposición¹¹.

Del mismo modo, no concreta el legislador europeo si dicha presunción será *iuris et de iure* o si, por el contrario, es una presunción que admite prueba en contrario (presunción *iuris tantum*). No obstante, en la transposición actual de la Directiva 2009/133/CE a la normativa española, el legislador nacional ha optado *a priori* por constituir la ausencia de *motivos económicos válidos* como una presunción *iuris et de iure* de fraude que conlleva la inaplicación del régimen de diferimiento ya descrito (lo cual no implica que se pueda presumir dicha ausencia de *motivos económicos válidos*, que deberá ser comprobada en todo caso¹²).

¹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 899/2011, de 16 de febrero de 2011.

¹² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 4373/2011, de 22 de septiembre de 2011.

Por último, se puede observar que este artículo introduce, pero no delimita de forma alguna, el alcance del concepto de *motivos económicos válidos*. En consecuencia, ha tenido que ser la jurisprudencia y doctrina a nivel nacional y europeo, como se desarrollará en los siguientes epígrafes, la encargada de delimitar el alcance de este concepto, así como otros aspectos esenciales como la carga de la prueba.

4. Jurisprudencia europea sobre los motivos económicos válidos

Según lo ya comentado en el epígrafe anterior, la Directiva 2009/133 no ofrece una definición concreta y determinada del concepto de *motivos económicos válidos*. En consecuencia, ha tenido que ser el TJCE (y, a partir de 2009, el TJUE) el encargado de aportar criterios en base a los cuales delimitar este concepto a través de diversos pronunciamientos.

En este sentido, la sentencia del caso *Leur-Bloem* fue el primer y más relevante pronunciamiento acerca de la forma en la que jueces y tribunales deben analizar si en un supuesto litigioso concurre un *motivo económico válido* o no. Asimismo, otras sentencias como las de los casos *Zwijnenburg* y *Foggia* han servido para delimitar este concepto y su aplicación. Por este motivo, analizamos a continuación de forma detallada cada una de estas sentencias.

4.1 STJCE *Leur-Bloem*

Como ya se ha indicado, para poder delimitar el concepto de *motivos económicos válidos* resulta de especial interés analizar el contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (“TJCE”), de 17 de julio de 1997, en el asunto C-28/95 sobre el litigio entre A. *Leur-Bloem* y *Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, puesto que en esta sentencia el TJCE hace una serie de aportaciones muy relevantes a la hora de interpretar y aplicar el régimen especial contenido ahora en la Directiva 2009/133.

Leur-Bloem, persona física que ostentaba la titularidad de la totalidad del capital social de dos sociedades, además del cargo de administrador único de ambas sociedades, pretendía adquirir la totalidad del capital social de una tercera sociedad mediante un canje de valores entre las participaciones en las que se dividía el capital social de esta tercera sociedad (la “sociedad dominante”) y las participaciones que ostentaba en las dos primeras sociedades (las “sociedades dominadas”).

La legislación holandesa que resultaba de aplicación a esta operación era la normativa nacional por la que se había adaptado el derecho interno a la Directiva comunitaria reguladora del régimen especial, para extender su aplicación también a las operaciones que no tuviesen el elemento transfronterizo previsto en la Directiva. Por este motivo, el TJCE consideró que era competente para resolver las cuestiones prejudiciales que el tribunal holandés planteaba.

Algunas de estas cuestiones versaban sobre el encaje de esta operación con la definición de *canje de valores* de la Directiva, habida cuenta de que la sociedad dominante era una sociedad de reciente creación que no ejercía “*por sí misma una actividad empresarial*”. Además, también resultaba controvertido que la misma persona física que ya era socio y administrador único de las sociedades dominadas pasase a serlo de la dominante. No obstante, la cuestión planteada más relevante consistía en dirimir si la consecución de una ventaja puramente fiscal como una compensación horizontal de pérdidas constituía un *motivo económico válido* que justificase la aplicación del beneficioso régimen de la Directiva.

En su resolución a estas cuestiones, el TJCE resalta que la comprobación de si una operación persigue fines de fraude o evasión fiscal no puede restringirse “*a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma*”¹³.

Continúa el TJCE aclarando que, “*en efecto, una fusión o una reestructuración realizada mediante un intercambio de acciones en la que intervenga una sociedad de nueva creación que, por tanto, no posee una actividad empresarial propia, puede considerarse efectuada por motivos económicos válidos*”.

Para el TJCE “*tampoco cabe excluir, aunque pudiera constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal, que una fusión mediante canje de acciones destinada a crear una estructura determinada para un período limitado, y no de forma duradera, pueda obedecer a motivos económicos válidos*”.

En definitiva, el TJCE argumenta que no cabe establecer normas que excluyan con carácter general la aplicación del régimen de la Directiva en base a criterios como que la sociedad dominante en un canje de valores no tenga actividad empresarial propia, puesto que incluso operaciones así pueden, a priori, tener un motivo económico válido. Por lo tanto, el TJCE exige, en primer lugar, que el examen sobre la validez de los motivos de una operación se realice “*caso por caso*” y, en segundo lugar, que ese examen se realice sobre toda la operación en su conjunto, valorando todos los factores de la misma (“*examen global*”).

En consecuencia, y dada la “*falta de disposiciones comunitarias más precisas relativas a la aplicación*” del criterio de los motivos económicos válidos, los Estados miembros deben ser los encargados de modular la aplicación de este criterio con especial atención a la amplia

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C-28/95 (A. *Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*), de 17 julio de 1997.

casuística y “*respetando el principio de proporcionalidad*”. Por lo tanto, deberán tomar muchas precauciones a la hora de establecer que hechos constituyen una presunción de ausencia de *motivos económicos válidos*.

No obstante lo anterior, el TJCE también incide en que “*el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal*”, por lo que la búsqueda de una eventual compensación fiscal horizontal de pérdidas no constituye por sí sola un motivo económico válido. No obstante, que la obtención de una ventaja fiscal no sea un motivo económico válido no impide que existan otros motivos que sí lo sean en la misma operación. De acuerdo con la interpretación del TJCE, la concurrencia de esa eventual compensación horizontal de pérdidas no es un resultado prohibido en todo caso, sino que será admisible cuando venga acompañada de un motivo económico válido, que sea el verdadero fundamento de la operación.

En conclusión, podríamos destacar que, de acuerdo con esta sentencia, una mera ventaja fiscal no constituye por sí sola un motivo económico válido, pero la concurrencia de beneficios fiscales en una operación no constituye una presunción de fraude o evasión fiscal puesto que ese beneficio fiscal puede venir acompañado de verdaderos *motivos económicos válidos* que justifiquen la operación. En todo caso, se deberá estudiar, “*caso por caso*”, cada operación en su conjunto para determinar individualmente la concurrencia o no de motivos económicos válidos.

Por último, debe destacarse que para el TJCE las ventajas recogidas en la Directiva son aplicables a las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores con independencia de la motivación que dichas operaciones tengan. Es decir, no es relevante para la aplicación del régimen que la operación se haya hecho con un motivo económico o puramente fiscal. La relevancia de la concurrencia de motivos económicos válidos y de la ausencia de un ánimo defraudatorio solo debe ser apreciada a la hora de aplicar la excepción del artículo 15 por la que los Estados *pueden* decidir no aplicar dichas ventajas cuando haya fraude o evasión fiscal, pudiendo constituir la ausencia de *motivos económicos válidos* una presunción de fraude. En definitiva, el régimen debe aplicarse para las operaciones señaladas, aunque el motivo de la operación sea puramente fiscal, pero si esto es así los Estados *pueden* negarse a aplicarlo conforme a la excepción del artículo 15 de la Directiva¹⁴.

¹⁴ *Id.*

En mi opinión, no deja de ser cuestionable este razonamiento del TJCE porque, quizás, realiza una interpretación excesivamente literal de la Directiva. Es cierto que, a la luz del texto de la Directiva, la aplicación de las ventajas es automática e independiente de la motivación de las operaciones y el análisis de la motivación de la operación (y de la concurrencia de *motivos económicos válidos*) únicamente debe tener lugar a la hora de examinar si resulta de aplicación la excepción prevista en el artículo 15. No obstante, considero que el legislador europeo debería haber planteado esta cuestión desde un prisma más reaccionario frente al abuso fiscal. En este sentido, creo que el régimen de diferimiento introducido por la Directiva da una herramienta que en principio es beneficiosa para las sociedades, pero que, sin embargo, puede ser aprovechada para lograr fines abusivos. Y frente a este abuso deben ser los Estados los que se denieguen, con base en la motivación de la operación y la concurrencia de *motivos económicos válidos*, la aplicación del régimen de diferimiento. Por lo tanto, el legislador europeo da una herramienta que puede ser utilizada con el único propósito de evadir impuestos, dejando a criterio y responsabilidad de los Estados Miembros la regulación del límite a dicho abuso. En mi opinión, la aplicación del régimen no debería haber sido configurada en la Directiva como automática, aunque se pueda **potestativamente** inaplicar cuando haya fraude o evasión fiscal.

Resulta loable que la Directiva pretenda eliminar obstáculos a las operaciones de reestructuración, pero creo que el TJCE, en su interpretación de la Directiva, no debería haber defendido que la aplicación de la misma es ajena a la motivación de la operación (aunque se otorgue la potestad de inaplicar el régimen en casos de fraude o evasión fiscal).

4.2 STJUE *Zwijnenburg*

A nivel europeo, otra de las sentencias más relevantes para poder analizar adecuadamente el alcance del artículo 11 de la Directiva 90/434, cuyo contenido se encuentra actualmente reproducido en el artículo 15 de la Directiva 2009/133, y la aplicación del requisito de concurrencia de *motivos económicos válidos* en las operaciones de reestructuración es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de mayo de 2010, asunto C-352/08, también conocida como la sentencia del caso *Zwijnenburg*.

En concreto, en esta sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia acerca de la posibilidad de interpretar la Directiva comunitaria “*en el sentido de que las ventajas que regula pueden denegarse al sujeto pasivo que proyecta, mediante un montaje jurídico que incluye una fusión de empresas, evitar el pago de un impuesto como el controvertido en el*

procedimiento principal, en concreto, el impuesto sobre transmisiones, aunque la Directiva no se refiera a dicho impuesto”¹⁵.

Zwijnenburg es una sociedad holandesa cuyo negocio es un comercio de moda que desarrolla en dos locales. El primero de ellos lo tiene en propiedad y el segundo lo arrienda a la sociedad *A. Zwijnenburg Beheer* (en adelante, la sociedad “*Beheer*”). La totalidad del capital social de la sociedad *Zwijnenburg* es titularidad de una sociedad *holding* que se encuentra íntegramente participada por el señor *Zwijnenburg* (persona física) y su esposa, mientras que los padres del señor *Zwijnenburg* ostentan la titularidad de la totalidad de las acciones en que se divide el capital social de la sociedad *Beheer*.

La pretensión de los padres del señor *Zwijnenburg* es la de traspasar paulatinamente el negocio familiar en favor de su hijo y, en el marco de ese traspaso, quieren llevar a cabo una operación escalonada por medio de la cual el señor *Zwijnenburg* pase a ostentar el control de todo el negocio. En este sentido, la primera fase de la operación consistiría en la formalización de una fusión entre ambas sociedades. En dicha fusión, la sociedad *Zwijnenburg* recibiría, como contraprestación a la aportación de su negocio y del local del que es propietaria, una serie de acciones de la sociedad *Beheer*. Posteriormente, en la segunda fase de la operación, *Zwijnenburg* adquiriría las restantes acciones de la sociedad. De acuerdo con la normativa holandesa, ambas operaciones estarían exentas de impuestos.

La controversia principal en este asunto versaba sobre la pretensión de las autoridades tributarias holandesas de que la operación no resulte exenta del pago del impuesto de transmisiones que normalmente gravaría la transmisión del local y de las acciones de *Beheer*. Este impuesto de transmisiones no está regulado en la Directiva que contiene el régimen especial, pero ante la ausencia de normas nacionales que permitan impedir que *Zwijnenburg* eluda el pago de este impuesto por el montaje jurídico de la operación, las autoridades holandesas quieren recurrir a la excepción prevista en ella para denegar la exención del referido impuesto.

Precisamente que el contenido del artículo 15 de la Directiva constituya una “*excepción*” al régimen general de la misma, es uno de los criterios más relevantes argumentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para dar respuesta a esta consulta. De este modo, para

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg BV y Staatssecretaris van Financiën*), de 20 de mayo de 2010.

el TJUE “*el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 (reproducido actualmente en el artículo 15 de la Directiva 2009/133), como disposición que establece una **excepción, debe interpretarse de manera estricta** y teniendo en cuenta su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe*”. En consecuencia, para el TJUE “*los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, consiguientemente, **entrar en el ámbito de aplicación de la excepción** prevista por el artículo 11, apartado 1, letra a), de la misma son los expresamente contemplados por ella*”.

Por otro lado, el TJUE realiza otro comentario muy relevante y es que “*la Directiva 90/434 no implica una completa armonización de los impuestos y tributos que pueden devengarse con ocasión de una fusión o de una operación similar entre sociedades de Estados miembros diferentes*”.

En consecuencia, el TJUE, principalmente sobre la base de dos fundamentos, se pronuncia en el sentido de que la excepción del artículo 15 de la Directiva, que impide el aprovechamiento del régimen de diferimiento contemplado en la misma, no es de aplicación cuando la operación controvertida lo que pretende eludir es el pago de un impuesto que no está regulado en la propia Directiva. El primero de estos fundamentos es que la Directiva 2009/133, como ya señalaba el Abogado General en sus conclusiones, no supone ni puede suponer una armonización absoluta de la totalidad las cargas tributarias que se pueden derivar de las operaciones incluidas en la Directiva, habida cuenta de que en materia de imposición directa no se ha logrado dicha armonización a nivel comunitario. A pesar de que dicha Directiva elimine muchas de las barreras tributarias a las que se podían enfrentar este tipo de operaciones, siguen existiendo otros impuestos que también las afectan y que no han sido armonizados.

Por otro lado, el segundo de los fundamentos sobre los que se apoya el TJUE para resolver la cuestión planteada lo constituye la configuración del contenido del actual artículo 15 de la Directiva 2009/133, como una excepción a la regla general de aplicación del régimen previsto en la Directiva y que, como toda excepción, debe aplicarse e interpretarse de manera restrictiva.

4.3 STJUE *Foggia*

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, sobre el litigio entre **Foggia** – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA y el Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais portugués, constituye otro pronunciamiento del TJUE esencial para la delimitación del concepto de *motivos económicos válidos*. En esta

sentencia, se plantea una cuestión prejudicial por la que se solicita al TJUE que se pronuncie acerca del sentido y alcance del artículo 11 de la Directiva 90/434 (actual artículo 15 de la Directiva 2009/133) y, en concreto, acerca del contenido del concepto de *motivos económicos válidos*.

De los antecedentes de hecho que nos permitirán poner en contexto las reflexiones del TJUE, es necesario señalar que la sociedad Foggia llevó a cabo una operación de fusión por absorción, por medio de la cual absorbió tres sociedades de gestión de participaciones sociales que formaban parte del mismo grupo de sociedades que la propia sociedad Foggia. La controversia surge a raíz de la petición por parte de Foggia de autorización para poder compensar de su eventual beneficio, las pérdidas fiscales de las sociedades absorbidas. Las autoridades fiscales portuguesas concedieron dicha autorización para dos de las sociedades absorbidas, pero rechazaron otorgar la autorización para la tercera de las sociedades.

El fundamento para rechazar la concesión de esta autorización se encontraba en el hecho de que esta tercera sociedad absorbida llevaba varios años sin tener una cartera de participaciones propia que gestionar, por lo que la autoridad portuguesa consideraba que su absorción no había sido promovida por *motivos económicos válidos*, a pesar de reconocer que la eliminación de esta sociedad suponía para Foggia una reducción de costes administrativos y de gestión, al simplificar la estructura del grupo de sociedades al que pertenecía. En consecuencia, en el seno de este litigio se eleva al TJUE una cuestión prejudicial acerca del alcance del concepto de *motivos económicos válidos*.

En su resolución a la cuestión planteada, el TJUE reitera algunos de los principios ya formulados en la sentencia del caso *Leur-Bloem*, como son el requisito de examinar la operación en su conjunto y de forma global para determinar *caso por caso* la concurrencia o no de *motivos económicos válidos*, sin poder valerse para dicho examen de la aplicación automática de criterios preestablecidos.

Del mismo modo, el TJUE considera que:

“Puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que éstas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada. En efecto, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, la constatación de que una

*operación de fusión tiene como **único objetivo** obtener una **ventaja fiscal** y, por tanto, **no se efectúa por motivos económicos válidos**, puede constituir una presunción de que dicha operación tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal”¹⁶.*

En consecuencia, la concurrencia de una ventaja fiscal, como sería en el caso objeto del litigio la compensación de las pérdidas de la sociedad absorbida, no es óbice para que una operación pueda perseguir otros objetivos económicos que sirvan de fundamento para la misma. Por tanto, la determinación de la aplicación o no de la excepción prevista actualmente en el artículo 15 de la Directiva 2009/133 no depende de que exista dicha ventaja fiscal, sino de que dicha ventaja fiscal no sea el fundamento único o principal de la operación examinada. De este modo, para el TJUE “*una fusión o una reestructuración efectuada en forma de absorción de una sociedad que no ejerce actividades y que no aporta activo propio a la sociedad absorbente puede no obstante considerarse, respecto de esta última, realizada por motivos económicos válidos*”. Sin embargo, en el caso concreto de la operación objeto del litigio, para el TJUE la reducción de costes administrativos y de gestión lograda a través de la fusión por absorción tampoco puede constituir un motivo económico válido, toda vez que dicha eliminación de costes “*es inherente a toda operación de fusión por absorción en la medida en que esta última implica, por definición, una simplificación de la estructura del grupo*”. Por tanto, para el Tribunal la admisión automática del ahorro de costes estructurales como *motivo económico válido* supondría un quebrantamiento de la finalidad de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva. A mayor abundamiento, en el caso concreto examinado el ahorro en costes estructurales tiene un carácter manifiestamente secundario con respecto al impacto fiscal de la operación, pues este es superior a los dos millones de euros.

Por todo ello, el TJUE concluye que el órgano enjuiciador remitente debe examinar el supuesto de hecho conforme a los criterios aportados por la jurisprudencia europea del análisis *global y caso por caso*¹⁷ de cada operación, sin que en ningún caso la mera consecución de un ahorro en costes de organización pueda constituir **por sí solo** un motivo económico válido que justifique la aplicación del régimen de la Directiva, puesto que dicho ahorro es inherente a toda operación de fusión por absorción entre sociedades de un mismo grupo.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-126/10 (*Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA y Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*), de 10 de noviembre de 2011.

¹⁷ *Cit.* 13

5. La transposición del régimen de la Directiva 2009/133 a la legislación española

En España, la transposición del régimen de diferimiento recogido actualmente en la Directiva 2009/133/CE, se llevó a cabo con la publicación de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. Con esta Ley se introdujo en España el régimen de diferimiento contemplado en la Directiva europea. En el segundo apartado de su artículo 16, se disponía que:

*“Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1.º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con **finés de fraude o evasión 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”¹⁸.*

En esta primera adaptación de la legislación española no se hacía referencia explícita a los motivos económicos válidos de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos o canjes de valores. Sin embargo, resultaban igualmente aplicables los criterios de interpretación que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas proporcionó en el caso *Leur-Bloem* sobre la Directiva reguladora del régimen especial, como la comprobación de la concurrencia de fines de fraude o evasión fiscal “*caso por caso*” y mediante un “*examen global*” de las operaciones controvertidas¹⁹. Como se ha indicado anteriormente, la Directiva europea establecía que la ausencia de *motivos económicos válidos* podía constituir una presunción de fraude fiscal, sin embargo, el legislador español optó por no recoger dicha presunción en esta Ley.

La siguiente ley que debemos destacar por su relevancia respecto al régimen contenido actualmente en la Directiva 2009/133 es la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, la cual no trajo consigo un gran cambio respecto a la Ley 29/1991 en lo referido a la cláusula anti-fraude incluida en el artículo 16.2 de esta Ley, puesto que se mantuvo

¹⁸ Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 2286/2011, de 5 de mayo de 2011

una redacción que mencionaba en términos generales a las operaciones realizadas “*principalmente con fines de fraude o evasión fiscal*”, sin referencia alguna a la necesidad de que concurran motivos económicos válidos para poder beneficiarse del régimen de diferimiento. De esta forma, el apartado segundo del artículo 110 de la Ley 43/1995 establecía lo siguiente:

*“Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 97 de esta Ley, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen establecido en el presente capítulo y se procederá por la Administración tributaria a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos”*²⁰.

No obstante, el contenido de este artículo 100, apartado 2, fue modificado con la publicación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, dando entrada al ordenamiento español al término de *motivos económicos válidos*. La redacción modificada de este artículo 100.2 es la que se reprodujo en el artículo 96.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, y es la que se mantiene actualmente en el artículo 89.2 de la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (salvo el segundo párrafo de estos artículos, que sí fue modificado con la Ley 27/2014):

*“No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”*²¹.

La literalidad de este primer párrafo del precepto actual, introducido con la Ley 14/2000, no solo establece que la ausencia de *motivos económicos válidos* servirá como presunción de fraude o evasión fiscal que conlleva la inaplicación del régimen de diferimiento contenido ahora en la Directiva 2009/133, sino que, asimismo, dicha presunción será *iuris et de iure* (si

²⁰ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades

²¹ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social

la operación no se efectúa por motivos económicos válidos, no se aplica el diferimiento, lo cual no implica que se pueda aplicar ningún tipo de presunción para afirmar la ausencia de *motivos económicos válidos*²²).

Analizada la legislación española que ha traspuesto las Directivas objeto de estudio, podemos comprobar que la ley no define los *motivos económicos válidos*. En consecuencia, con lo visto hasta ahora solamente podemos servirnos de lo indicado por la jurisprudencia europea en el epígrafe anterior para delimitar este concepto. No obstante, debemos estudiar también la jurisprudencia y doctrina administrativa española para examinar la interpretación que han dado a los criterios aportados por el TJUE y la forma en la que han aplicado los *motivos económicos válidos* en algunos supuestos conflictivos.

²² *Cit.* 11, 12 y 19, entre otras.

6. La carga de la prueba de los motivos económicos válidos

Antes de entrar a examinar la doctrina administrativa y la jurisprudencia española de mayor relevancia para el tema objeto de estudio de este trabajo, debemos detenernos primero a analizar con más detenimiento el alcance de las modificaciones que la Ley 14/2000 introdujo sobre la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en lo referido a los *motivos económicos válidos* en las operaciones de reestructuración empresarial.

Conforme a lo ya comentado, podría parecer que la mayor novedad que la Ley 14/2000 trajo consigo fue la introducción explícita a la normativa española del término *motivos económicos válidos*, determinando además que su ausencia conlleva automáticamente la inaplicación del régimen especial previsto en las directivas europeas ya comentadas. No obstante, tanto para la Administración Tributaria como para el Tribunal Supremo esta novedad introducida con la Ley 14/2000 no supuso una modificación al régimen vigente con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley²³.

Por el contrario, el Alto Tribunal se pronunció en el sentido de que la nueva redacción de la Ley 43/1995, vigente a partir de 2001 (año de entrada en vigor de la Ley 14/2000), completaba e interpretaba la redacción anterior que, como se ha indicado en el epígrafe anterior, determinaba la pérdida del derecho a aplicar el régimen especial de diferimiento cuando resultase probado que las operaciones objeto de inspección “*se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal*”. Para el Tribunal Supremo²⁴, este precepto debe interpretarse en el sentido de que, aunque no se mencione expresamente, se exige la concurrencia de un *motivo económico válido* para no incurrir en una actividad fraudulenta o de evasión fiscal, por lo que la redacción vigente a partir de la entrada en vigor de la Ley 14/2000 únicamente interpreta y aclara esto último, siendo exigible también para las operaciones realizadas con anterioridad al 2001 la concurrencia de *motivos económicos válidos*.

Sentado lo anterior, debemos en este momento centrar nuestra atención en otro de los aspectos que mayor debate ha generado alrededor de los *motivos económicos válidos*, como es la carga de la prueba de la existencia o inexistencia de los mismos. Históricamente, el debate se ha

²³ Cit. 11, 12 y 19, entre otras.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 2635/2013, de 16 de mayo de 2013.

centrado en dilucidar si es la Administración la que debe probar la inexistencia de *motivos económicos válidos* que impida aplicar el régimen de diferimiento o si, por el contrario, es el contribuyente el que debe probar la existencia de *motivo económico válido* para lograr la aplicación del régimen especial.

Para poder dar respuesta a esta cuestión cobra relevancia de nuevo el cambio introducido por la Ley 14/2000 en la redacción del apartado segundo del artículo 100 de la Ley 43/1995. Como ya se ha indicado, la redacción previa a la entrada en vigor de la Ley 14/2000 establecía que cuando “*como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones*” resultara probado que una determinada operación perseguía el fraude o la evasión fiscal, no tendría derecho a aplicar el régimen especial. En consecuencia, resulta evidente que, para las operaciones realizadas durante la vigencia de esta redacción (es decir, las operaciones anteriores a 2001), es la Administración la que debe, a través de actuaciones de comprobación administrativa, probar la concurrencia de fines de fraude o evasión fiscal, con independencia de que para probarla se pueda servir de la acreditación y prueba de la inexistencia de *motivos económicos válidos*²⁵.

No obstante, con la entrada en vigor de la Ley 14/2000 podemos hablar de una inversión en la carga de la prueba a este respecto, puesto que se eliminó la referencia a la actuación de “*comprobación administrativa*”, introduciendo una redacción en la que se reserva un protagonismo mayor para el contribuyente, sobre el que recae a partir de 2001 la carga de la prueba. Y, a tal efecto, se indicaba en el segundo párrafo del apartado segundo del artículo 100 de la Ley 43/1995 lo siguiente:

“En los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, (artículo correspondiente en la actualidad a los artículos 88 y 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria) los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para

²⁵ CALVO VÉRGEZ, J., “La aplicación del régimen fiscal especial de fusiones y escisiones en el IS tratándose de operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal. La existencia de los motivos económicos válidos”, *Gaceta Tributaria del País Vasco*, núm. 50, 2015, pp.163-169.

*la aplicación del régimen especial del presente Capítulo en éste y cualesquiera otros tributos*²⁶.

Este inciso, introducido por la Ley 14/2000 y reproducido en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, induce sin duda a que se pueda afirmar que la carga de la prueba recae a partir de 2001 sobre el contribuyente y para ello se le da la posibilidad de llevar a cabo consultas a la Administración Tributaria, relativas a la existencia de *motivos económicos válidos* en operaciones concretas, cuya resolución vinculará a la Administración en sus actuaciones de comprobación²⁷.

Debe señalarse, asimismo, que este inciso fue eliminado con la entrada en vigor de la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. En la actualidad, se mantiene la redacción del primer párrafo del artículo 100.2 de la Ley 43/1995, pero el segundo inciso que acaba de ser reproducido ha sido sustituido por el siguiente párrafo:

*“Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal”*²⁸.

Podría argumentarse que, de nuevo, esta nueva redacción devuelve a la Administración el protagonismo a la hora de probar la ausencia de *motivos económicos válidos*, recayendo, por tanto, sobre esta el *onus probandi*. Sin embargo, en la práctica la referencia a las “*actuaciones de comprobación de la Administración tributaria*” no conlleva en absoluto que deba ser esta la que demuestre en todo caso la inexistencia de *motivos económicos válidos*. Por el contrario, la carga de la prueba sigue recayendo sobre el contribuyente, que podrá seguir llevando a cabo consultas vinculantes sobre la concurrencia de *motivos económicos válidos* en operaciones concretas, a pesar de que se haya eliminado el inciso reproducido anteriormente.

²⁶ Cit. 20.

²⁷ ALEMANY BELLIDO, J.I., “La carga de la prueba de los motivos económicos válidos”, *Revista Iuris & Lex*, núm. 103, 2014, p. 41.

²⁸ Cit. 7.

En este sentido, debe recordarse que un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico es el “*affirmanti incumbit probatio*” o, lo que es lo mismo, “a quien afirma, le incumbe prueba”, principio que en el ámbito tributario se encuentra recogido en el artículo 105 de la vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (cuyo antecedente legislativo se encuentra en el artículo 114 de la ya derogada Ley 230/1963), que establece que “*en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo*”.

Bien es cierto que podría argumentarse que la Directiva 2009/133/CE configura el régimen especial de diferimiento como un régimen de aplicación automática para las operaciones comprendidas en la misma, constituyendo lo dispuesto en su artículo 15.1.a) en relación con los *motivos económicos válidos* una **excepción** que impide la aplicación automática del régimen general (como señaló el STJUE en el asunto *Zwijnenburg*). Esta configuración de la ausencia de *motivos económicos válidos* como un hecho impeditivo podría sugerir que el *onus probandi* de este hecho impeditivo (la ausencia de *motivos económicos válidos*) recaiga sobre la Administración Tributaria. Así, la norma general sería la aplicación del régimen y la ausencia de *motivos económicos válidos* sería el hecho impeditivo que excepcionalmente debería probar la Administración Tributaria para poder así evitar el funcionamiento general de la norma, que resultaría en la aplicación del régimen de diferimiento.

No obstante, debemos tener en cuenta que el legislador español, en la transposición de la referida Directiva, ha configurado el régimen de diferimiento de la Directiva como un régimen especial y excepcional que resulta beneficioso para el contribuyente respecto al régimen al que generalmente se tendrían que someter las operaciones de reestructuración. Y como régimen “*excepcional*” y beneficioso, recae sobre el contribuyente la carga de la prueba de los requisitos de aplicación de dicho régimen. Por tanto, a mi juicio radica precisamente en este punto la diferencia entre el régimen original recogido en la Directiva 2009/133/CE respecto a la transposición española del mismo. Mientras que en la Directiva la ausencia de *motivos económicos válidos* es una **excepción** que puede impedir la aplicación del régimen de diferimiento, en la legislación española la concurrencia de *motivos económicos válidos* es un **requisito** para la aplicación de dicho régimen. Y esta configuración como *requisito* conlleva que el *onus probandi* recaiga sobre el contribuyente que quiere beneficiarse de un régimen especialmente provechoso, puesto que resulta pacífico afirmar que el que pretende

aprovecharse de un derecho o ventaja debe probar los hechos constitutivos de dicho derecho o ventaja²⁹.

En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Económico-Administrativo Central en su resolución de 31 de enero de 2013, en la que este órgano cuya competencia se extiende por todo el territorio nacional señalaba que:

*“Es el sujeto pasivo el que pretende acogerse a un régimen especial que, por caracterizarse por el diferimiento en la tributación, económicamente beneficia al contribuyente (de ahí que haya optado por acogerse al mismo) por lo que **será al contribuyente al que le incumbe la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos** legalmente exigidos para poder aplicar dicho régimen especial a la operación en cuestión”*³⁰.

En consecuencia, debe afirmarse que es el contribuyente, que busca beneficiarse del favorable régimen de diferimiento el que debe probar la concurrencia de algún *motivo económico válido*, requisito para la aplicación de dicho régimen.

No obstante, no puede olvidarse que esta carga probatoria no tiene un carácter absoluto y admite cierta modulación, como así ha señalado la Audiencia Nacional en reiterados pronunciamientos que han sido también acogidos por el Tribunal Supremo³¹. Un ejemplo de estos pronunciamientos lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011, en la que este órgano señala que:

*“Sin embargo, **la carga de la prueba de la concurrencia de ese motivo económico válido no puede ser absolutamente atribuida a la sociedad que pretende acogerse al beneficio del diferimiento, tal como en este caso le exige la Inspección. La propia naturaleza de la operación, [...] y, en suma, una pluralidad de elementos de convicción, nos llevan a la conclusión de que la operación examinada no tuvo como objeto primordial el fraude o evasión fiscal, antes bien, concurrieron en su***

²⁹ A pesar de que el preámbulo de la Ley 27/2014 disponga que una de las novedades de esta ley es que *“este régimen se configura expresamente como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración”*, la realidad es que de cara a la carga de la prueba supone un régimen excepcional cuyos requisitos debe probar el contribuyente.

³⁰ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 31 de enero de 2013, núm. 00/01894/2011/00/00.

³¹ Cit. 24

celebración motivos claramente económicos, que la demanda detalla hasta la extenuación”³².

Con el precedente de esta sentencia, la Audiencia Nacional se pronunció de una manera incluso más evidente a favor de la modulación de la carga probatoria exigible al contribuyente en dos idénticas Sentencias del 22 de septiembre de 2011, en las que este órgano rechaza que la prueba exigida al contribuyente derive en lo que podría ser considerado como una “*diabolica probatio*”:

*“La carga de la prueba de la concurrencia de ese motivo económico válido no puede ser absolutamente atribuida a la sociedad que pretende acogerse al beneficio del diferimiento, tal como en este caso le exige la Inspección, en el sentido de que haya de recaer una prueba plena sobre la existencia del motivo económico válido (de libre apreciación, por lo demás, por la Administración tributaria) y que, en ocasiones, podría llevarnos a la injusticia de exigir al contribuyente una especie de **diabolica probatio**”*³³.

En conclusión, en lo relativo a la carga de la prueba de los *motivos económicos válidos*, podemos afirmar, por un lado, que el requisito de la existencia de *motivos económicos válidos* es también exigible a las operaciones realizadas antes de 2001, aunque para estas operaciones la carga de la prueba recae sobre la Administración Tributaria y que, por otro lado, para las operaciones realizadas a partir de 2001 el contribuyente deberá probar la concurrencia de *motivos económicos válidos*, sin que quepa no obstante exigir un esfuerzo probatorio que derive en “*una especie de diabolica probatio*”³⁴.

³² Cit. 11

³³ Cit. 12

³⁴ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, B., *El motivo económico válido en las operaciones de reestructuración empresarial* (Trabajo de Fin de Máster), 2015. Universidad Complutense de Madrid, España.

7. Doctrina administrativa española sobre los motivos económicos válidos

Como ya se indicó en el epígrafe relativo a la jurisprudencia europea, el TJUE ha establecido que el análisis de la concurrencia de *motivos económicos válidos* debe realizarse *caso por caso*, mediante un *examen global* y pormenorizado de cada operación específica, sobre la premisa de que “*el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal*”³⁵.

A partir de estos criterios, jurisprudencia y doctrina administrativa española han ido pronunciándose en innumerables sentencias y resoluciones sobre la concurrencia de este requisito en operaciones concretas. Sin duda, resulta de especial interés analizar algunos de estos pronunciamientos, al objeto de poder extraer conclusiones sobre las condiciones que la Administración y los Tribunales han venido exigiendo para poder apreciar la existencia de *motivos económicos válidos* en operaciones de reestructuración como las sujetas al régimen especial estudiado en este trabajo. En este epígrafe, nos centraremos en el análisis de las resoluciones más relevantes de la Dirección General de Tributos y del Tribunal Económico-Administrativo Central.

En lo relativo a las consultas vinculantes dirigidas a la Dirección General de Tributos, la DGT frecuentemente recuerda, en su resolución a estas consultas, que la fiscalidad en ningún caso debe ser un obstáculo para las operaciones de reestructuración empresarial, así como tampoco debe presentarse como el fundamento para el desarrollo de las mismas, ni tan siquiera deben servir de aliciente principal para llevarlas a cabo. De este modo, es habitual que la DGT indique lo siguiente en la resolución a consultas relativas a la aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades 27/2014:

“El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral en esas operaciones. Por el contrario, cuando la causa que motiva la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, esto es, su finalidad es

³⁵ Cít. 13.

conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial³⁶.

En esta afirmación de la DGT, que sirve además de fundamento para sus resoluciones, resulta inequívoca la influencia de la jurisprudencia del TJUE. Como se ha señalado anteriormente, el criterio recogido por el TJUE en varias de las sentencias analizadas en este trabajo es el de admitir que una determinada operación pueda beneficiarse fiscalmente del régimen especial de diferimiento, siempre y cuando la *ratio decidendi* para llevar a cabo la operación no sea ese beneficio fiscal, si no que realmente haya un fundamento económico o empresarial que aconseje la realización de dicha operación.

No obstante, en numerosas ocasiones no resulta tan evidente discernir si concurre verdaderamente un fundamento principalmente económico o no, puesto que un mismo “motivo” en un supuesto concreto puede ser considerado como *económicamente válido* y, en otro similar, puede que no. Podemos ver un ejemplo real de casos en los que se dan soluciones opuestas a operaciones similares en la Resolución de la DGT de 29 de mayo de 2015. En esta Resolución, la DGT llega a una conclusión distinta a la que llegó el TJUE en el asunto *Foggia*, a pesar de tratarse de una operación que en esencia puede ser considerada como semejante a la del asunto *Foggia*, aunque existen ciertos matices que diferencian ambas operaciones.

En la cuestión planteada a la DGT, la sociedad X es una sociedad que se dedica principalmente al arrendamiento de inmuebles, así como a la gestión de las empresas de las que participa. Como parte del mismo grupo de empresas del que la sociedad X funciona como matriz, figuraba la sociedad Y, que se dedicaba primordialmente a la fabricación y comercialización de materiales diversos empleados en la construcción. Asimismo, la sociedad Y era propietaria de dos naves y un terreno. Como consecuencia de la grave crisis económica del año 2008, que afectó especialmente al sector inmobiliario, la sociedad Y detuvo su actividad de fabricación y comercialización de productos para la construcción, pasando a dedicarse exclusivamente a arrendar las naves y el terreno que posee.

No obstante, debido a las constantes pérdidas que estaba sufriendo, la sociedad Y prescindió de todos sus empleados y la sociedad X pasó a gestionar la explotación de los inmuebles de Y,

³⁶ Resolución vinculante de la DGT de fecha 2 de junio de 2015 a consulta número V1751-15; Resolución vinculante de la DGT de fecha 10 de febrero de 2020 a consulta número V0305-20; y Resolución vinculante de la DGT de fecha 7 de agosto de 2019 a consulta número V2043-19, entre otras.

a cambio de un canon periódico. Por otro lado, la sociedad Y contaba con una serie de bases imponibles negativas que estaban aún pendientes de ser compensadas.

En su consulta, la sociedad X plantea a la DGT si una operación de fusión, por medio de la cual la sociedad X absorbería a la sociedad Y, podría quedar sujeta al régimen fiscal especial analizado en este trabajo, permitiendo además que la sociedad X pudiese aprovecharse de las bases imponibles negativas de Y.

Como podemos comprobar, la situación descrita se asemeja a la del asunto *Foggia*, pues también se trata de una fusión por absorción de una sociedad con bases imponibles negativas acumuladas que puede ser objeto de compensación en el futuro. Asimismo, la sociedad Y no lleva a cabo ningún tipo de actividad, aunque, a diferencia de lo que ocurría en el asunto *Foggia*, sí que es propietaria de inmuebles que son objeto de explotación (incluso si la explotación la lleva a cabo en realidad la sociedad X a cambio de un canon mensual).

Como *motivos económicos válidos*, la entidad que llevó a cabo la consulta aseguraba que, habida cuenta de que la sociedad X podría desarrollar la actividad inmobiliaria de ambas sociedades, la fusión permitiría disminuir los costes administrativos y de gestión de las sociedades, simplificando la estructura del grupo de sociedades.

Para la DGT, la simplificación de la estructura y el ahorro de costes de gestión y administración constituye un *motivo económico válido* porque, a diferencia de lo que ocurría en el asunto *Foggia*, la sociedad absorbida, como propietaria de varios inmuebles, es una **sociedad operativa** y en funcionamiento, a pesar de haber delegado la explotación de dichos inmuebles a la sociedad absorbente:

“El hecho de que la sociedad absorbida (Y) tenga bases imponibles negativas pendientes de compensar no invalida, por sí mismo, la aplicación del régimen fiscal especial, en la medida en que la operación planteada se realiza entre sociedades operativas. Por tanto, cabría considerar que la fusión proyectada no tendría como finalidad preponderante el aprovechamiento de las bases imponibles negativas pendientes de compensar, generadas en sede de la sociedad absorbida. En tal caso, los motivos alegados se considerarían económicamente válidos a los efectos previstos en el artículo 89.2 de la LIS”³⁷.

³⁷ Resolución vinculante de la DGT de fecha 29 de mayo de 2015 a consulta número V1694-15.

A pesar de llegar a una solución distinta, esta Resolución no resulta incompatible con la Sentencia del TJUE en el asunto *Foggia*, porque en ese caso (i) lo único que se transmitía eran pérdidas fiscales que podían ser objeto de compensación y (ii) el ahorro en los costes de administración y gestión era residual frente al importe de las pérdidas compensables.

Así, podemos concluir que en operaciones de fusión por absorción en las que la sociedad absorbida transmite bases imponibles negativas pendientes de compensar, tanto la jurisprudencia europea como la doctrina administrativa española exigen que la sociedad absorbida lleve a cabo algún tipo de actividad o sea titular de bienes o derechos que hagan atractiva la fusión para la sociedad absorbente, más allá de la compensación fiscal, y todo ello sin perjuicio de que la compensación deba quedar sujeta a las normas y límites propios de la misma. De este modo, a otra consulta similar a la descrita en este epígrafe, la DGT emitió en 11 de mayo de 2015 la siguiente Resolución:

*“La entidad absorbida B cuenta con bases imponibles negativas pendientes de compensar y no parece que tenga otro activo que la participación en A (absorbente). Su única actividad consiste en la gestión de dicha participación. De todo lo anterior cabe deducir que **esta entidad no posee un patrimonio que pueda redundar en beneficio de la entidad A, por lo que, en el presente caso la operación de fusión parece tener como finalidad preponderante el aprovechamiento de las bases imponibles negativas que B posee. Por tanto, no se aprecia la existencia de motivos que se puedan considerar como económicamente válidos**”³⁸.*

Por último, cabe destacar que en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Económico-Administrativo Central en numerosas ocasiones, como en la Resolución de 11 de septiembre de 2008 en la que se señala que no se puede considerar como operación de reestructuración una fusión de una sociedad inactiva:

*“En el caso planteado, con la operación proyectada **no se aprecia que se pretenda llevar a cabo ninguna operación de reestructuración o racionalización de las actividades que permita conseguir una mayor eficacia en la gestión o funcionamiento de la actividad desarrollada sino hacer desaparecer una entidad con pérdidas cuantiosas que se encuentra inactiva, tratando de conseguir una***

³⁸ Resolución vinculante de la DGT de fecha 11 de mayo de 2015 a consulta número V1447-15.

*ventaja fiscal: la compensación por la absorbente de las bases imponibles negativas de la absorbida...*³⁹.

Siendo la ventaja fiscal el único fundamento de la operación realizada, el TEAC se apoya en las numerosas consultas realizadas a la DGT para señalar que no concurre *motivo económico válido* y que, por tanto, no resulta de aplicación el régimen fiscal especial, lo cual refuerza la idea de la necesidad de que la sociedad absorbida tenga un patrimonio o actividad para permitir que con su absorción se transmitan también bases imponibles negativas acumuladas que sean susceptibles de ser compensadas.

³⁹ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de septiembre de 2008, núm. 00/953/2007.

8. Jurisprudencia española sobre los motivos económicos válidos

Como venimos reiterando, no ha sido únicamente la doctrina administrativa la que se ha pronunciado acerca de las condiciones que debe reunir una operación para poder apreciar *motivos económicos válidos* en la misma. Por el contrario, la jurisprudencia española también ha proporcionado criterios que sirven para determinar la concurrencia de esos *motivos económicos válidos* y que se basan en lo que el TJUE ha reiterado en sus sentencias.

Como hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, el análisis *casos por caso* conlleva que ciertos *motivos* únicamente puedan ser considerados como *económicamente válidos* en función del contexto en el que se den y de su proporcionalidad respecto al beneficioso impacto fiscal resultante de aplicar el régimen especial. En este sentido, uno de los *motivos* cuya admisión mayor debate ha generado es el de la “*discrepancia entre los socios*” de una sociedad que acaba obligando a reorganizar la estructura de la misma para poder evitar la paralización de su actividad por el bloqueo entre los socios discrepantes.

De este modo, resulta interesante analizar las Sentencias de 24 de febrero de 2014, 6 de noviembre de 2015 y 17 de marzo de 2017 del Tribunal Supremo, puesto que examinan la admisibilidad de este *motivo* y los requisitos necesarios para considerarlo como *económicamente válido*.

En primer lugar, debemos destacar que, como señala la referida Sentencia de 6 de noviembre de 2015, para poder considerar que las discrepancias entre los socios constituyen motivo económico suficiente es indispensable que dichas discrepancias queden fehacientemente acreditadas por el sujeto pasivo que las alegue.

En el supuesto de hecho concreto examinado en esta Sentencia, el contribuyente alegó la existencia de dos grupos de socios que mantenían una visión completamente opuesta de cómo debía desarrollarse el negocio habitual de la sociedad, lo cual obligaba a la escisión de la sociedad en dos sociedades distintas, integradas cada una por sendos grupos de socios, dada la “*imposibilidad de conjugar los distintos criterios que mantienen los socios en cuanto a gestión y proyección futura de la mercantil*”⁴⁰.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 4780/2015, de 6 de noviembre de 2015.

A pesar de que el contribuyente alegase que la sociedad se hallaba en una situación de bloqueo desde varios meses antes, este no facilitó elemento probatorio alguno “*como podía haber sido la aportación del Libro de Actas de la sociedad a fin de acreditar la dificultad en el proceso de toma de decisiones de los socios*”. Del mismo modo, el Alto Tribunal consideró que la situación de parálisis alegada no se ajustaba a la realidad, en tanto en cuanto uno de los grupos de socios ostentaba la mayoría del capital social de la sociedad, por lo que podía tomar las decisiones necesarias para la continuación de las actividades empresariales. Esta falta de acreditación suficiente venía acompañada, asimismo, de una evidente ventaja fiscal derivada de la intención de uno de los grupos de socios de vender su participación en la sociedad en cuanto se hubiese llevado a cabo la escisión.

De forma similar se pronunciaba el Alto Tribunal en la ya referida Sentencia de 24 de febrero de 2014, puesto que tampoco se considera en este caso que las discrepancias entre los socios hubiesen quedado suficientemente acreditadas. En el supuesto enjuiciado por esta Sentencia, las actas de las juntas de accionistas sí habían sido aportadas, pero lo que evidenciaban era que absolutamente todos los acuerdos de la junta de accionistas a lo largo de más de 10 años habían sido tomados de manera unánime, a excepción de un único acuerdo en el que dos de las hermanas de esta sociedad familiar rechazaron un proyecto de inversión en el sector inmobiliario planteado por otro de los hermanos. Asimismo, las actas de las juntas posteriores al rechazo de este proyecto acreditaban que el resto de los acuerdos siguieron siendo aprobados por unanimidad, lo cual evidencia que la sociedad pudo continuar el curso habitual de su negocio sin verse sometida a bloqueo alguno. En definitiva, el Tribunal Supremo concluye afirmando que no se puede considerar que las discrepancias entre los socios sobre una operación concreta constituyan un *motivo económico válido* para una operación de reestructuración, dado que dicha discrepancia puntual no impide el normal funcionamiento de la sociedad⁴¹.

Por último, debemos mencionar también la ya enunciada Sentencia de 17 de marzo de 2016, en la que el Tribunal Supremo admite las discrepancias entre los socios como *motivo económico válido* en una operación de escisión en la que de una sola empresa resultarían tres sociedades distintas, cada una encargada de una actividad independiente y diferenciada del negocio. En este caso, la admisión de este *motivo* como *económicamente válido* deriva de que

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 789/2014, de 24 de febrero de 2014.

ciertamente las discrepancias entre los socios “*hacían imposible la viabilidad de la empresa, por lo que era necesaria una reorganización empresarial, que optimizara ingresos, desarrollando de forma independiente cada una de las sociedades beneficiarias las tres actividades ejercidas en la sociedad matriz*”⁴². Por lo tanto, para el Tribunal Supremo resulta indispensable que las discrepancias alegadas como *motivo económico válido* determinen la idoneidad de acometer una operación de reestructuración que permita continuar con el desarrollo de las actividades societarias de la manera más eficiente.

La exigencia de este pronunciamiento de que la operación de reestructuración persiga la continuación de la actividad empresarial de la forma más racional y eficiente sigue la línea de otras muchas sentencias de este mismo órgano, que ha venido inadmitiendo el acogimiento del régimen especial a aquellas operaciones de escisión de sociedades que enmascaren en realidad una finalidad de reparto del patrimonio común evitando un mayor coste fiscal y no busquen realmente reorganizar la estructura de la sociedad en concreto⁴³.

En consecuencia, del estudio de estos pronunciamientos del Tribunal Supremo podemos llegar a la conclusión de que, para apreciar las discrepancias entre los socios como un *motivo económico válido* para una operación de reestructuración, se exige que estas discrepancias (i) queden fehacientemente acreditadas, (ii) impidan el desarrollo de la actividad de la sociedad y, en consecuencia, (iii) determinen la necesidad de reestructurar o reorganizar la sociedad.

Por otro lado, no podemos finalizar este epígrafe sin referirnos de nuevo a las ya mencionadas Sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011, 5 de mayo de 2011 y 22 de septiembre de ese mismo año, en las que este órgano rechaza de plano la admisibilidad de la “*economía de la opción inversa*”, entendida como la posibilidad de aplicar las previsiones antifraude de la norma fiscal, incluso cuando quede probado la inexistencia del mismo, por la mera existencia de otras posibilidades más beneficiosas para la Administración Tributaria.

En estas sentencias se anulan pronunciamientos del TEAC, como la resolución de 12 de junio de 2008, debido a que en ellos el TEAC “*presume*” la ausencia de *motivos económicos válidos* porque las operaciones llevadas a cabo se podrían haber desarrollado de otra forma que

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 1137/2016, de 17 de marzo de 2016.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 2383/2016, de 30 de mayo de 2016 y Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 902/2011, de 23 de febrero de 2011.

resultase más gravosa para el contribuyente, lo cual es una tesis que para la Audiencia Nacional “no resulta aceptable toda vez que extiende el concepto de fraude, situándolo de lleno dentro del campo de la economía de opción y, en este ámbito, afectando de plano al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil), constitucionalizado, en lo que se refiere a las relaciones mercantiles, en el artículo 38 CE , que reconoce la libertad de empresa”⁴⁴.

De esta forma, la AN se pronuncia en línea con lo argumentado por el TJCE en el Asunto *Leur-Bloem*, marcando una diferencia entre la economía de opción y el fraude fiscal. Como ya señalase el TJCE, la elección de un negocio jurídico válido que conlleve una menor carga tributaria no es asimilable a la evasión fiscal, siempre y cuando exista una motivación económica para la elección de dicho negocio jurídico y este respete los límites de la ley. De otro modo, equipararíamos de manera automática la mera existencia de una ventaja fiscal con el fraude o la evasión fiscal, lo cual no tiene sustento legal.

⁴⁴ Cit.11.

9. Conclusiones

Las operaciones de reestructuración constituyen una herramienta esencial para las sociedades, puesto que les permiten reorganizarse y, en muchas ocasiones, posibilitan la continuidad de su actividad. Por este motivo, el legislador europeo configuró un régimen fiscal especial beneficioso para las mismas. La importancia del estudio de los *motivos económicos válidos* radica en que, a pesar de constituir un requisito cuya existencia determina la aplicabilidad de este beneficioso régimen especial, este concepto se encuentra absolutamente indeterminado jurídicamente.

En consecuencia, el objetivo de este trabajo era precisamente estudiar este concepto, para poder así recabar los criterios más utilizados para determinar su concurrencia. En este sentido, la metodología aplicada para lograr este objetivo ha sido la de analizar y estudiar tanto la normativa europea que da origen a este régimen, como la legislación nacional que lo traspone, así como los distintos pronunciamientos de la jurisprudencia europea y nacional y la doctrina administrativa más relevante.

El análisis jurisprudencial nos permite concluir que la correlación entre la idea de neutralidad fiscal y la existencia de *motivos económicos válidos* es esencial para entender lo que constituyen estos últimos.

El régimen fiscal pretende ser neutral frente a las operaciones de reestructuración en el sentido de evitar que la fiscalidad sea ni el impedimento, ni tampoco aliciente para la realización de las mismas. Dado que es un régimen beneficioso, solo puede ser neutral cuando la operación se haya realizado por un *motivo* que tenga fundamento económico. En caso contrario, la operación vendría motivada únicamente por una ventaja fiscal y, de este modo, la fiscalidad no estaría siendo neutral sino estimulante.

Sentada esa correlación entre neutralidad y existencia de *motivos económicos válidos* (la primera no existe si los últimos no lo hacen también), podemos reiterar también que la neutralidad fiscal y, por tanto, los *motivos económicos válidos* no son incompatibles con las ventajas fiscales. Debemos recordar una vez más que este régimen es *a priori* beneficioso fiscalmente, por lo que es lógico que existan esos beneficios fiscales. La neutralidad fiscal, como venimos reiterando, no exige que no existan esos beneficios fiscales, sino que esos beneficios o ventajas sean *neutrales* en la decisión de llevar a cabo la operación que se beneficia de los mismos.

Por otro lado, de este estudio podemos concluir que, sin duda, los criterios aportados por la jurisprudencia europea son la mayor herramienta disponible a la hora de examinar la concurrencia de *motivos económicos válidos*, puesto que estos pronunciamientos vinculan también a doctrina y jurisprudencia española. En este sentido, debemos señalar que la indeterminación jurídica de los *motivos económicos válidos* es, en cierto modo, intencionada, a pesar de que implique una latente falta de seguridad jurídica.

Los *motivos* que pueden justificar *económicamente* la realización de una operación de reestructuración son tan amplios y diversos que no se pueden delimitar en una norma. Por el contrario, el examen de estos *motivos* debe ser realizado *caso por caso* y teniendo en cuenta las operaciones en su conjunto, siendo la idea de neutralidad fiscal el principio que guiará la admisión o no de cada motivo concreto, tal y como han reiterado jurisprudencia y doctrina administrativa.

En el ámbito nacional, por otro lado, no podemos olvidar que esa indeterminación jurídica se ve compensada con la posibilidad de realizar consultas a la DGT cuya resolución sea vinculante para la misma. Esta herramienta otorga al contribuyente la seguridad jurídica que la falta de determinación normativa no proporciona.

10. Bibliografía

1. Legislación:

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

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

Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. BOE núm. 301, de 17 diciembre 1991; rect. BOE núm. 34, 8 febrero 1992.

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. BOE núm. 310, de 28 de diciembre 1995; rect. BOE núm. 187, de 3 agosto 1996.

Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE núm. 313, de 30 diciembre 2000; rect. BOE núm. 155, de 29 junio 2001.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. BOE núm. 302, de 18 diciembre 2003.

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 núm. 61, de 11 marzo 2004; rect. BOE núm. 73, de 25 marzo 2004.

Ley 3/2009, de 3 de abril. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE núm. 82, de 4 abril 2009.

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

2. Jurisprudencia:

a) A nivel europeo

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C-28/95 (*A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*), de 17 julio de 1997.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg BV y Staatssecretaris van Financiën*), de 20 de mayo de 2010.

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

b) A nivel nacional

- Tribunal Supremo:

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 2635/2013, de 16 de mayo de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 4780/2015, de 6 de noviembre de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 789/2014, de 24 de febrero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 1137/2016, de 17 de marzo de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 2383/2016, de 30 de mayo de 2016.

- Audiencia Nacional:

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 902/2011, de 23 de febrero de 2011.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 899/2011, de 16 de febrero de 2011.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 4373/2011, de 22 de septiembre de 2011.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 2286/2011, de 5 de mayo de 2011.

3. Pronunciamientos administrativos:

-Tribunal Económico-Administrativo Central:

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 31 de enero de 2013, núm. 00/01894/2011.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de septiembre de 2008, núm. 00/953/2007.

-Dirección General de Tributos:

Resolución vinculante de la DGT de fecha 28 de enero de 2015 a consulta número V0320-15.

Resolución vinculante de la DGT de fecha 2 de junio de 2015 a consulta número V1751-15.

Resolución vinculante de la DGT de fecha 10 de febrero de 2020 a consulta número V0305-20.

Resolución vinculante de la DGT de fecha 7 de agosto de 2019 a consulta número V2043-19.

Resolución vinculante de la DGT de fecha 29 de mayo de 2015 a consulta número V1694-15.

Resolución vinculante de la DGT de fecha 11 de mayo de 2015 a consulta número V1447-15.

4. Obras doctrinales:

ALEMANY BELLIDO, J.I., “La carga de la prueba de los motivos económicos válidos”, *Revista Iuris & Lex*, núm. 103, 2014, p. 41.

CALVO VÉRGEZ, J., “La aplicación del régimen fiscal especial de fusiones y escisiones en el IS tratándose de operaciones realizadas con fines de fraude o evasión fiscal. La existencia de los motivos económicos válidos”, *Gaceta Tributaria del País Vasco*, núm. 50, 2015, pp.163-169.

GÓMEZ-BARREDA GARCÍA, R., *Régimen Fiscal de las Operaciones de Reorganización Empresarial*, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. (Coord.), *Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2008, p.661.

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, B., *El motivo económico válido en las operaciones de reestructuración empresarial* (Trabajo de Fin de Máster), 2015. Universidad Complutense de Madrid, España.

Memento Práctico Fiscal 2020, Edición especial AEAT, Editorial Francis Lefebvre, Madrid.

VILLAR EZCURRA, M., “Los efectos en el Derecho español de la doctrina del *business purpose* y de la noción comunitaria de motivo económico válido”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 239, 2004.

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, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2013, p. 264.