



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

Relevancia e impacto en las modificaciones estructurales

Autora: Patricia María Gálvez Alfonso

5º E-3 B

Área de Derecho Financiero y Tributario

Tutor: Ramón Casero Barrón

Madrid

Abril 2021

ÍNDICE

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO II: CONTEXTO ACTUAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL	7
1. EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL DIFERIMIENTO	7
1.1 El régimen especial en las modificaciones estructurales y la neutralidad fiscal.....	8
1.2 Introducción del concepto de “motivos económicos válidos” del régimen especial de diferimiento.....	11
2. EL ORIGEN LEGISLATIVO. COMPARATIVA: NORMATIVA VIGENTE Y RÉGIMEN ANTERIOR	13
CAPÍTULO III. LA IDONEIDAD DE LA INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE “MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS” EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	17
1. INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN. LA DOCTRINA DE LA SUSTANCIA ECONÓMICA	17
1.1 La doctrina de los motivos económicos válidos.....	20
1.2 La doctrina de las transacciones simuladas.....	22
1.3 La doctrina de la prevalencia de la sustancia sobre la forma.....	23
1.4 La doctrina de las operaciones fraccionadas.....	24
2. LA INFLUENCIA EN LA DOCTRINA COMUNITARIA	25
3. LA INTEGRACIÓN DE LAS CORRIENTES DOCTRINALES EN EL DERECHO NACIONAL	28
3.1 La falta de valoración de las figuras similares existentes en el ordenamiento español	28
3.2 El conflicto relativo al fraude de ley, la simulación y las sanciones.....	29
3.3 El contexto en el que se instauró el régimen.....	34
CAPÍTULO IV: LA PLANIFICACIÓN FISCAL	36
CAPÍTULO V. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ	42
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	50

CAPÍTULO VII: BIBLIOGRAFÍA	54
1. LEGISLACIÓN	54
2. JURISPRUDENCIA	55
3. OBRAS DOCTRINALES	58
4. RECURSOS DE INTERNET	61

ABREVIATURAS

CC:	Código Civil
CE:	Constitución Española
DGT:	Dirección General de Tributos
IIVTNU:	Impuesto Municipal del Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana
IRNR:	Impuesto sobre la Renta de No Residentes
IRPF:	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ITP y AJD:	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA:	Impuesto sobre el Valor Añadido
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGT:	Ley General Tributaria
LIS:	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LME:	Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles
LSC:	Ley de Sociedades de Capital
RAE:	Real Academia Española
TEAC:	Tribunal Económico Administrativo Central
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS:	Tribunal Supremo
UE:	Unión Europea

RESUMEN

La realización de operaciones de reestructuración empresarial resulta fundamental en la planificación de estrategias y creación de estructuras óptimas en la realidad económica.

Tales operaciones poseen un régimen fiscal particular, que tiene como objetivo la determinación de una fiscalidad que no obstaculice la toma de decisiones empresariales en lo relativo a las reestructuraciones. No obstante, existe un importante debate jurídico entorno a dicho régimen. Esto se debe a que, la regulación normativa de las reestructuraciones empresariales permite al Fisco la inaplicación del régimen, impidiendo la ventaja fiscal que éste supone, en aquellos supuestos en los que el objetivo principal es el ahorro tributario. En una operación, la existencia de “motivos económicos válidos”, concepto jurídico indeterminado, permite presumir que la finalidad no es el fraude o evasión fiscal. Sin embargo, tal presunción implica una infinidad de problemas de interpretación y aplicabilidad del régimen, que resultan en inseguridad jurídica y arbitrariedad.

Palabras clave: Derecho anglosajón, Derecho de la Unión Europea, evasión, fraude fiscal, indeterminación, motivo económico válido, neutralidad, planificación fiscal, seguridad jurídica, TEAC.

ABSTRACT

Corporate restructuring operations are essential to management strategies and the creation of optimal structures for the economic reality.

Such operations are subject to a special tax regime, which aims to ensure that taxation does not hinder business decision-making. However, this regime is highly controversial. This is due to the fact that the regulation of corporate restructuring allows the tax authorities to display the regime, and thus the tax advantage it entails, in view of the main objective of tax savings. In the light of the undefined legal concept of "valid economic purpose", it is assumed that the aim is not tax evasion or avoidance. Nevertheless, such a presumption implies a myriad of problems regarding interpretation and applicability, resulting in legal uncertainty and arbitrary.

Key words: Common Law, European Union Law, tax avoidance, tax fraud, indeterminacy, valid economic purpose, neutrality, tax planning, legal certainty, TEAC.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como principal objetivo la elaboración de un minucioso análisis del concepto jurídico indeterminado “motivos económicos válidos, en el régimen especial de las reestructuraciones empresariales. En particular, la investigación tiene la finalidad de estudiar la creación, aplicación y eficacia de tal concepto jurídico.

A tal fin, se realiza un primer acercamiento al concepto objeto de examen, mediante el estudio del actual régimen especial de neutralidad fiscal. Con ello, se pretende extraer las principales características del régimen y el papel de los motivos económicos válidos en el mismo. Igualmente, se proporciona una evolución del régimen especial, así como la correspondiente comparativa con la anterior regulación.

Por otro lado, se elabora una exhaustiva investigación acerca del surgimiento de los motivos económicos válidos, la regulación en su país de origen y su integración en el Derecho comunitario y nacional. De modo que, se facilitan los componentes que en las diferentes jurisdicciones provocan que tal concepto tenga un impacto positivo y eficaz, o por el contrario carezca de compatibilidad.

Asimismo, se indagará en dos cuestiones fundamentales directamente relacionadas con la aplicabilidad y eficacia de los motivos económicos válidos. En primer lugar, la planificación fiscal. Se cuestiona el potencial colapso de conceptos jurídicos y las soluciones que ofrece la jurisprudencia. La segunda cuestión, se refiere a la exposición de los conflictos existentes, en lo relativo a la carga de la prueba y la consideración de los motivos económicos válidos como presunción de validez.

Finalmente, se realiza una valoración fundada del tratamiento de los motivos económicos válidos. Asimismo, se analizan posibles soluciones que disminuyan la indeterminación soportada por el término, que deriva en problemas con alta transcendencia jurídica y empresarial.

Todo ello, se ha elaborado a través de la investigación documental, principalmente, mediante el análisis de resoluciones, normativa y publicaciones doctrinales (en particular, manuales y artículos). El acceso a dichos materiales se ha realizado a través de diferentes bases de datos, así como de la obtención de los libros en formato físico.

CAPÍTULO II: CONTEXTO ACTUAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL

1. EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL DIFERIMIENTO

El régimen especial de diferimiento fiscal, previsto en los artículos 76 a 89 del Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, “LIS”) tiene como finalidad la regulación fiscal de las operaciones relativas a las modificaciones estructurales, consistentes en la fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores. Su aplicación tiene lugar de forma automática, salvo que el contribuyente manifieste expresamente que no quiere acogerse al mismo.

No obstante, este régimen no se agota exclusivamente en la LIS, sino que se desarrolla de igual forma en la siguiente normativa:

- El Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades;
- La Directiva 2009/133/CEE 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.

Debe tenerse en cuenta que, el régimen especial no exige que las operaciones tengan lugar entre sociedades mercantiles de forma exclusiva, pueden ser sociedades de otro tipo e incluso personas físicas que desarrollan actividades económicas. Además, este régimen afecta a otros impuestos. Estos son: el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, “IRPF”) o el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en adelante, “IRNR”), los impuesto indirectos como el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, “IVA”), el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, “ITP y AJD”)¹ y el Impuesto Municipal del Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante, “IIVTNU”). Así, las operaciones de reestructuración originan el nacimiento de rentas en todos los sujetos partícipes, “tanto en las sociedades que intervienen en los procesos de reestructuración, como para los socios, que se causan por las diferencias de valores entre el valor de

¹ El cual agrupa: el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, el Impuesto sobre Operaciones Societarias y el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

adquisición y de transmisión de los bienes y derechos que se transmiten y que serían hecho imponible de aplicarse el régimen general del art. 17 de la LIS (reglas de valoración en los supuesto de transmisiones lucrativas y societaria)”².

El principio rector es la neutralidad, pues la finalidad de este régimen consiste en que la fiscalidad no suponga ni un estímulo ni un impedimento a la hora de tomar decisiones acerca de las operaciones de reestructuración. Esto queda condicionado a que la causa de la operación no resida en un motivo fraudulento o evasivo, presumiéndose así ante la existencia de un motivo económico válido.

Como resulta evidente, el primer requisito para que este régimen sea de aplicación, es el cumplimiento de las operaciones de reestructuración con las definiciones de la LIS recogidas en su artículo 76. Éstas no resultan idénticas a las ofrecidas desde el punto de vista mercantil en la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, “LME”). Las principales diferencias residen en la exigencia de requisitos adicionales (fusiones y escisiones) o la regulación de alguna categoría como propia en el ámbito tributario (canje de valores). En cualquier caso, estos procesos mercantiles, generalmente, buscan la rentabilidad a través de la reducción de costes, el incremento de beneficios, la agrupación de la organización y la administración.

Por otro lado, el art. 89 de la LIS impide la aplicación del régimen 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”. Dicho requisito es causante de múltiples consultas realizadas por los contribuyentes, así como discusiones doctrinales y jurisprudenciales, que serán posteriormente analizadas.

1.1 El régimen especial en las modificaciones estructurales y la neutralidad fiscal

Este régimen fiscal, también denominado, régimen especial de neutralidad fiscal, se caracteriza por el diferimiento del pago, consecuencia de la neutralidad existente en la imposición directa en el IS y el IRPF. En la realización de operaciones de

² “Aplicación del régimen fiscal de las reestructuraciones empresariales”, *Tribuna de Opinión. Fiscal & Laboral*. n. 82, 2018, pp. 82-89.

reestructuración societaria, Juárez González³ encuentra, entre otros, los siguientes rasgos respecto de su fiscalidad: (i) la posibilidad de no integración en la base imponible de las rentas consecuencia de las transmisiones realizadas; (ii) el mantenimiento del valor y fecha de adquisición anterior a la transmisión de los bienes y derechos transmitidos; (iii) la valoración de las acciones y participaciones recibidas (consecuencia de aportación de rama de actividad) por el valor contable de la unidad económica autónoma; y (iv) la subrogación de la entidad adquirente en los derechos y obligaciones tributarias de la transmitente.

La principal ventaja que ofrece este régimen fiscal, tanto para las personas físicas como para las sociedades mercantiles, reside en **el diferimiento de la carga fiscal inmediata**. Es decir, la obligación tributaria no es efectiva hasta el momento de la perfección de la operación. Dicho supuesto, tiene lugar cuando se produce la transmisión definitiva de aquellas rentas que pudieron integrarse en la base imponible, pero se optó por la aplicación de este régimen. Por tanto, el régimen del diferimiento, consecuencia de la plasmación de la idea de neutralidad, se refleja en los siguientes efectos: la mencionada falta de integración en la base del IS, así como en la valoración de los bienes recibidos por el valor anterior a su transmisión. No obstante y como permite deducir la propia denominación del régimen, esta medidas no son definitivas, sino que las obligaciones tributarias se trasladan a un momento futuro en el que se integran las rentas correspondientes en la base imponible de IS, valoradas conforme al valor en el momento de la transmisión.

De ello, derivan múltiples beneficios para los contribuyentes. El primero, y quizá más evidente, es la **falta de necesidad de liquidez** en el momento de la realización de las operaciones de reestructuración para hacer frente a la obligación tributaria. Por otro lado, **no requiere especial esfuerzo respecto a los trámites administrativos**, pues en términos burocráticos, esta vía es automática. Tan solo requiere que se efectúe de manera expresa la inaplicación del régimen, a través de la comunicación del art. 89.1 de la LIS. Ahora bien, como consecuencia de las dificultades existentes respecto a la interpretación de los motivos económicos válidos que la ley exige, en la mayoría de ocasiones los contribuyentes optan por realizar la correspondiente consulta con

³ Juárez González, J.M “Fiscalidad de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *comp. Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 205-232.

anterioridad a la reestructuración. Por supuesto, otras de las consecuencias positivas resultantes del diferimiento fiscal, es **la rentabilidad de los activos líquidos**. Ello es consecuencia de su disponibilidad para invertirlos y su interés compuesto⁴, es decir, por el propio valor del dinero en el tiempo.

Como se ha indicado, el principio que rige el régimen especial es el de **neutralidad**, consistente en la ausencia de coste fiscal. Así, se difiere la tributación por las rentas manifestadas en la transmisión de activos empresariales hasta su transmisión definitiva.

La profesora García-Torres Fernández⁵ distingue este principio de neutralidad, que rige en todo el sistema tributario, del principio comunitario. El principio de neutralidad hace referencia a que el aspecto impositivo no determine, con exclusividad, la toma de decisiones en las actividades económicas, a través de las cuales se pone de manifiesto la capacidad económica conforme a la que se debe contribuir. En cambio, el principio comunitario de neutralidad indica que la fiscalidad de la actividad económica, no obstaculice la creación de la unión económica europea. Finalmente, García-Torres Fernández, diferencia estos principios del concepto de la neutralidad fiscal, el cual hace referencia a determinadas decisiones normativas en el ámbito fiscal dirigidas a excluir de tributación, de forma temporal y en un momento expresamente establecido, algunas operaciones en respuesta a objetivos diversos. Esta definición expone aspectos claves para su distinción con los beneficios y exenciones fiscales, ofrecidos por el legislador con carácter permanente y no temporal, al contrario de lo que ocurre con la neutralidad fiscal del régimen especial de diferimiento.

De igual forma, en este régimen especial, el principio de neutralidad derivado del Derecho de la Unión Europea (en adelante, “UE”) desempeña una función interpretativa. Sánchez Manzano⁶ lo denomina, “un parámetro endógeno del modelo”, ya que debe nutrir la interpretación del régimen fiscal en las operaciones de reestructuración.

⁴ El interés compuesto es aquel que se va sumando al capital inicial y sobre el que se van generando nuevos intereses. El dinero, en este caso, tiene un efecto multiplicador porque los intereses producen nuevos intereses.

⁵ García-Torres Fernández, M.J. “Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades”. *Revista Quincena Fiscal*. N.17, 2019, pp.1-30.

⁶ Sánchez Manzano, J.D. “La problemática valoración fiscal de las acciones o participaciones recibidas en contraprestación de la aportación de rama de actividad a la luz del principio de neutralidad en el marco del régimen especial de la reestructuración empresarial”. *Revista Quincena Fiscal*, n. 13, 2018, pp. 1-20.

El propio preámbulo de la LIS, recoge la neutralidad junto a la igualdad y la justicia, concretando estos principios constitucionales como objetivos primordiales de la última reforma de la ley. De esta forma, busca que la aplicación de los tributos no genere alteraciones sustanciales del compartimento empresarial. Esto es, buscan la analogía e igualdad tributaria en las operaciones. No obstante, determina como excepción a los mismos la necesidad de cubrir determinadas ineficiencias producidas por el propio mercado.

Es menester mencionar que, un sector doctrinal minoritario defiende que no existe transmisión de bienes en las operaciones de reestructuración societarias, sino que existe exclusivamente comunicación. Es decir, ante la carencia real de intercambio, pues los bienes permanecen en el patrimonio, la reorganización de los activos no ha de ser sometida a gravamen. Esta parte de la doctrina defiende que el impuesto nace con transmisiones (siendo estas distintas de las operaciones del art. 76 LIS), lo que lleva a negar un diferimiento real. Por ello, se afirma que resulta coherente que la aplicación del régimen haya sido modificada a un sistema automático, de forma que en ningún caso se exija el gravamen con carácter general en las operaciones de reestructuración. De lo contrario, el contribuyente continuaría rogando el no sometimiento a gravamen consecuencia de una operación de comunicación, en la que no tiene lugar un intercambio real.

1.2 Introducción del concepto de “motivos económicos válidos” del régimen especial de diferimiento

El concepto de “motivos económicos válidos”, es introducido en nuestro ordenamiento como consecuencia del Derecho de la UE. La Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990 (posteriormente derogada por la Directiva 2009/133/CE), determina en su art. 11.a) la posibilidad de los Estados de negarse a aplicar (total o parcialmente) el régimen en el supuesto de que el principal objetivo, o uno de los principales, fuera el fraude o la evasión fiscal. Además, consideró que la falta de motivos económicos válidos en los propósitos de las operaciones podía constituir una presunción del mencionado fraude o evasión fiscal del art. 11. Por tanto, este concepto jurídico tiene una función presuntiva de evasión o fraude fiscal, como indicó la Diputación Foral de Bizkaia⁷: *“la consideración más adecuada y respetuosa con la Directiva es la que parte de entender*

⁷ Diputación Foral de Bizkaia Instrucción, núm. 10/2005, de 7 de octubre de 2005.

que la existencia de motivos económicos válidos no es más que un indicio o medio probatorio de carácter presuntivo en relación con la existencia de fines de abuso o evasión fiscal, que deben existir en todo caso a los efectos de poder aplicar el mencionado precepto”.

Los motivos económicos válidos, objeto de debate actual, representan un concepto jurídico indeterminado que hace referencia a la justificación mínima aceptada en la aplicación del régimen especial. La falta de definición expresa dificulta la interpretación y categorización de aquellos motivos autorizados, que se muestran como principales a la hora de la realización de las operaciones a las que se refiere el régimen fiscal.

En definitiva, estos términos, resultado de una cláusula anti abuso originada en el Derecho Comunitario y establecida por el legislador nacional, son el condicionante para la aplicación de beneficios fiscales. Ahora bien, dichos motivos económicos válidos no se encuentran tasados, sino como un *numerus apertus*, lo que provoca gran inseguridad jurídica y multitud de consultas. Es por ello que habrá que estar a cada caso concreto. De acuerdo con la jurisprudencia de la UE en los casos Leur-Bloem⁸ y Hans Markus Kofoed⁹, el Juez Nacional es quien estipulará si existe o no un motivo económico válido en un determinado proceso de reorganización empresarial.

Este concepto tributario no tiene aplicación exclusiva en materia de reestructuración empresarial. García-Torres Fernández¹⁰ indica que los motivos económicos válidos, también se contienen como concepto en las normas específicas para eliminar o no la presunción de propósito de fraude o elusión de tributos en un paraíso fiscal, en lo relativo a (i) determinar la residencia fiscal (art. 8 LIS); (ii) la exención de dividendos y rentas por transmisión de participaciones (art. 21 LIS); (iii) la exención de la *patent box* (art. 23 LIS); (iv) la deducibilidad de los gastos financieros intragrupo (art. 15 LIS); y (v) la transparencia fiscal internacional (art. 100 LIS). No obstante, este trabajo se centra en los supuestos del régimen especial en operaciones de reestructuración.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-28/95, de 17 de julio de 1997.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-321/05, de 5 de julio de 2007.

¹⁰ “García-Torres Fernández, M.J. “Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades”. *Revista Quincena Fiscal*. N.17, 2019, pp.1-30.

2. EL ORIGEN LEGISLATIVO. COMPARATIVA: NORMATIVA VIGENTE Y RÉGIMEN ANTERIOR

A la luz de los esfuerzos por la armonización comunitaria en materia fiscal, se estableció la **Directiva 2009/133/CE** del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. Esta Directiva introduce la técnica del diferimiento como consecuencia de su inspiración en los principios de neutralidad fiscal y de no intervención administrativa. Así lo confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional JT, núm. 2007/1247, de 2 de julio de 2007, indicando que la Directiva “*trata de evitar una penalización impositiva en este tipo de operaciones que se consideran necesarias y que no pueden verse obstaculizadas con restricciones, desventajas o distorsiones debiendo establecer normas fiscales neutras*”.

Fernández-Velilla¹¹ explica que, los activos y pasivos transferidos a las sociedades adquirentes pasan a ser valorados por el valor fiscal que tenían antes de realizar la operación de reestructuración. Ello retrasa la imposición sobre las posibles rentas hasta la transmisión de los elementos por una operación distinta de las previstas en la propia Directiva. Otra novedad que introdujo, fue la renuncia al derecho de imposición del país que, en el momento de la transmisión de elementos, se encuentre un establecimiento permanente de una sociedad que radica en otro país miembro. Asimismo, es relevante mencionar que la Directiva 90/434/CEE, en su art. 11.a, permitió a los países de la UE determinar normas anti abuso, siempre bajo el propósito de evitar la evasión y el fraude fiscal. Además, clarifica que la inexistencia de motivos económicos válidos es presunción de ello: “1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones: a) 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,

¹¹ 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*, n.7, 2014, pp.45-59.

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”.

La **Ley 76/80**, vigente con anterioridad al acogimiento de la Directiva 90/434/CEE por el ordenamiento español, presentaba un funcionamiento considerablemente diferente. La principal diferencia era su carácter rogatorio: la aplicación o no del régimen dependía de la autorización administrativa, el cual ponía en tela de juicio la seguridad jurídica del mismo, especialmente por su arbitrariedad. El art. 25 de esta ley, sometía a tributación las rentas percibidas con motivo de las operaciones de reestructuración empresarial. Con posterioridad se aplicaba una bonificación de la cuota del impuesto, la cual podía llegar a ser hasta del 99 por ciento. Además, existía un requisito adicional: que la operación de fusión necesariamente beneficiase a la economía nacional. De tal forma que, las operaciones transfronterizas quedaban perjudicadas en comparación a las que se llevaban a cabo entre sociedades nacionales.

Conforme al art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”) relativo a las directivas, vinculantes para todos los Estados Miembros si así se determina en la misma, es competencia de las autoridades nacionales la forma y medios para su acogimiento. En este sentido, la mencionada directiva fue traspuesta mediante la **Ley 29/1991**, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. En adición al art. 16 de la Ley 29/1991, sobre la inaplicación del régimen fiscal como consecuencia de la existencia del fraude o la evasión fiscal como único objetivo, el art. 24 de tal ley introduce la idea motivos económicos válidos: “1. Lo establecido en el presente Título no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se ostente, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial .mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en el presente Título”.

Adicionalmente, y de conformidad con lo indicado por Fernández-Velilla¹², el régimen fiscal recogido en la ley nacional presentaba ventajas respecto al diseñado en la normativa comunitaria. Esto es consecuencia de la extensión del régimen dadas a las operaciones entre sociedades pertenecientes a Estados de la UE y otros; otras operaciones distintas de la fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores; y los sujetos pasivos posibles como consecuencia de la reducción de requisitos.

La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, igualmente recogía el régimen regulado en la Directiva 90/434/CEE y requería para su aplicación: la manifestación de la opción por dicho régimen a través de documentación exigida, así como la comunicación de las operaciones al Ministerio de Hacienda.

Con posterioridad, este régimen y la idea de motivos económicos válidos, ha ido penetrando en nuestra legislación con más fuerza. Entre otros textos normativos, mencionamos la **Ley 14/2000**, que trasponía la Directiva 2009/133/CEE, y matizaba la definición de los términos “motivos económicos válidos”. En palabras de Navarro Egea¹³: “la Ley 14/2002 que, con la introducción de la mención expresa a la necesaria concurrencia de «motivos económicos válidos», incorporaba mejoras técnicas —que no sustanciales— encaminadas a proporcionar mayor seguridad jurídica y garantizar su adecuación a lo dispuesto en el art. 11 de la Directiva fiscal, por el que se permite a los Estados miembros que se puedan negar a aplicar, total o parcialmente, o retirar el régimen fiscal cuando las operaciones de reestructuración no se efectúen por tales motivos económicos válidos (*valid commercial reasons* en la versión inglesa), mandato recogido en el actual art. 15 de la Directiva 2009/133/CE4”. Además, este autor asegura que no se ha conseguido la seguridad jurídica como consecuencia de la vaga redacción de la Directiva, en la que simplemente se apunta que los motivos económicos válidos son presunción de inexistencia de fraude o evasión fiscal.

La actual LIS (**Ley 27/2014**), como señala su preámbulo, introdujo cuatro novedades sustanciales relativas al régimen especial aplicable a las operaciones de reestructuración. La primera de ellas consiste en su carácter general y automático para todas las operaciones aplicables, es decir, la opción para su aplicación queda eliminada. En segundo lugar, desaparece el tratamiento fiscal del fondo de comercio de fusión,

¹² Fernández- Velilla J.A. *Ibidem*.

¹³ Navarro Egea, M., *La neutralidad fiscal de las aportaciones de rama de actividad*, Aranzadi, 2016

resultado de la aplicación general del régimen. Esto es, con carácter general y salvo expresa renuncia, será de aplicación el régimen especial de diferimiento y por tanto, la exención de la obligación tributaria en el momento de la transmisión de participaciones de origen interno. Con anterioridad a la reforma, se exigía la presentación de prueba de tributación efectiva por parte del contribuyente (transmitente) para poder evitar la tributación, pues de lo contrario, existiría doble imposición. Asimismo, esta reforma determina de forma expresa que, la entidad adquirente en los supuestos de transmisión de una rama de actividad, se subrogará en las bases imponibles negativas que posea la entidad transmitente. Finalmente, se determina de forma expresa la posibilidad de no aplicar el régimen de forma parcial.

CAPÍTULO III. LA IDONEIDAD DE LA INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE “MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS” EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

A la luz de que, el concepto de motivos económicos válidos, no es confección propia de nuestro Derecho, pues tiene origen en una directiva europea, examinaremos cómo se ha integrado en el ordenamiento español, a través de su evolución doctrinal.

Para ello, debemos tener en cuenta los siguientes factores: (i) la presencia de confusiones conceptuales entre teorías mercantiles y fiscales; (ii) las diferencias existentes entre las diferentes jurisdicciones; (iii) la actuación armonizadora de la UE; y (iv) la codificación tardía de las teorías.

1. INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN. LA DOCTRINA DE LA SUSTANCIA ECONÓMICA

En primer lugar, analizaremos las doctrinas anglosajonas precursoras de la cláusula anti abuso de la Directiva 90/434/CC. Tal análisis, tiene como fin conocer los elementos que más tarde penetrarán en el Derecho español, así como las diferencias existentes entre las jurisdicciones.

La doctrina norteamericana de la sustancia económica (“*economic substance doctrine*”), se compone de una serie de teorías que, con el tiempo, se integrarán en materia de abuso del Derecho de la UE.

Lampreave Márquez¹⁴ explica que, esta doctrina nació como método de investigación basado en los hechos, y en la idea del rechazo de beneficios fiscales, generados por una transacción comercial, cuando los hechos indiquen que tal operación carece de beneficios económicos, más allá de los puramente fiscales. Así, se establece **el principio de la sustancia versus la forma**, del cual derivan las siguientes doctrinas (i) motivos económicos válidos; (ii) las transacciones simuladas; (iii) la prevalencia de la sustancia sobre la forma; y (iv) las operaciones fraccionadas. En consecuencia, todas ellas, analizadas más adelante en este trabajo, comparten características esenciales e importantes carencias interpretativas.

¹⁴ Lampreave Márquez, P. “Las doctrinas judiciales norteamericanas de anti-abuso fiscal (con especial consideración a la reciente codificación de la doctrina sobre la sustancia económica) y la doctrina sobre acuerdos artificiales aplicable en la Unión Europea”. *Revista Quincena Fiscal*, n. 21, 2011, pp. 87-133.

Es relevante apuntar que, estas invenciones jurisprudenciales, no han sido codificadas en su país de origen hasta el año 2010, con la aprobación del “*Internal Revenue Code*”, mediante el “*Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*”. Por lo que, hasta el momento la inseguridad jurídica¹⁵ relativa a su interpretación ha sido notable.

La doctrina mayoritaria entiende que, el origen de estas doctrinas, se encuentra en el caso *Gregory v. Helvering*¹⁶, en el que los tribunales por primera vez siguieron una postura menos formalista. Para aplicar el beneficio fiscal al contribuyente, se exigió la presencia de un propósito empresarial, con sustancia económica suficiente, en las transacciones económicas. La relevancia de este caso se basa, no solo en la introducción del principio de la sustancia versus la forma, sino en que se cuestionó por primera vez una transacción que recaía a la perfección en los supuestos legales y el concepto de reorganización empresarial¹⁷. Sin embargo, esa definición no es coincidente con la LIS, entre otros, por los siguientes motivos: (i) la definición es tremendamente amplia; y (ii) emplea el mismo régimen para las fusiones y las consolidaciones¹⁸, en contraposición al legislador español.

La sentencia, ofrece una solución a un supuesto de cumplimiento literal de la ley pero fraudulento en términos interpretativos, por la inmediata disolución de la sociedad tras la transacción. De ella, se deducen ciertos problemas iniciales: (i) inseguridad jurídica provocada por un razonamiento pobre y falta de argumentos jurídicos; (ii) definiciones extremadamente amplias, en las que se cumple el supuesto de hecho pero se niega la

¹⁵ A mayor abundamiento, el Tribunal de Reclamaciones Federales de EE.UU indicó que la falta de codificación de la doctrina y el margen arbitrario de actuación de los tribunales podría quebrar la separación de poderes: “*el uso de la doctrina de la sustancia económica para superar el mero cumplimiento del Código violaría la separación de poderes*” [Sentencia del Tribunal de Reclamaciones Federales de EE.UU., núm.01-072T, de 29 de octubre de 2004 (asunto *Coltec Industries v. EE.UU.*)]. No obstante, tal razonamiento fue rechazado por el Tribunal de Apelación de EE.UU.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU, núm. 293 U.S. 465, de 7 de enero de 1935 (asunto *Gregory v. Helvering*).

¹⁷ *Revenue Act of 1928*. Sección 112 (1) (B):” Reorganización: la transferencia por parte de una sociedad de la totalidad o parte de sus activos a otra sociedad si inmediatamente después de la transferencia el cedente o su accionista, o ambos, tienen el control de la sociedad a la que se han transferido los activos”. Sección 112 (G): “Si se distribuye, en cumplimiento de un plan de reorganización, a un accionista de una sociedad que es parte de la reorganización, acciones o títulos de dicha sociedad o de otra sociedad que sea parte de la reorganización, sin que dicho accionista renuncie a las acciones o títulos de dicha sociedad, la o valores de dicha sociedad, no se reconocerá ninguna ganancia al beneficiario de la distribución por la recepción de dichas acciones o valores reconocido “.

¹⁸ La consolidación fiscal era definida como un privilegio fiscal, así rezaba la Sección 141(A) del *Revenue Act of 1928*: “(a) El privilegio de presentar una declaración consolidada: un grupo de sociedades afiliadas tendrá, con sujeción a las disposiciones de esta sección, el privilegio de presentar una declaración consolidada para el año fiscal 1929 o cualquier año fiscal posterior, en lugar de declaraciones separadas”.

licitud arbitrariamente; (iii) aplicabilidad limitada, pues la argumentación del caso se sostiene sobre la disolución inmediata de la sociedad (un supuesto muy concreto). Resumidamente, esta resolución es tan solo trasladable a supuestos análogos en los que la intención fraudulenta sea evidente, como es una extinción automática tras la operación de reestructuración.

Más tarde, el Tribunal Supremo estadounidense¹⁹, concretó que no es causa de inaplicabilidad cuando “(...) existe una auténtica transacción entre múltiples partes con sustancia económica que se ve obligada o fomentada por las realidades empresariales o normativas, que está imbuida de consideraciones independientes de la fiscalidad y que no está conformada únicamente por características de evasión fiscal a las que se adjuntan etiquetas sin sentido”. Sin perjuicio del término “consideraciones independientes de la fiscalidad”, esta doctrina continúa empleando términos ambiguos y carentes de criterios objetivos, pues demandar la necesidad de una sustancia económica, no deja más que al arbitrio del juez la comprobación de tal presupuesto.

Es menester exponer brevemente las tres tesis relativas a esta doctrina, explicadas por Martín López²⁰ tal y como se muestra a continuación:

- *Tesis conjuntiva*²¹. Este enfoque distingue dos componentes en el análisis de la aplicabilidad del régimen fiscal: los elementos objetivo y subjetivo. En primer lugar, debe comprobarse la sustancia económica (elemento objetivo). Se entiende como los efectos producidos por la operación, distintos de los fiscales. En segundo lugar, el tribunal examinaría la motivación con la que se realizó la operación (elemento subjetivo), esto es, el propósito negocial. En principio, esta teoría fallaría al aplicarse en el ámbito de las reestructuraciones empresariales ya que la comprobación acerca de la sustancia económica sería positiva en todo caso y por tanto, solo se examinaría el propósito negocial. Esto se debe a que

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU., núm. 76-624, de 18 de abril de 1978 (asunto Frank Lyon Co. v. EE.UU).

²⁰ Martín López, J. “La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación”, *Revista española de Derecho Financiero*, n.157, pp. 1-31.

²¹ El mismo autor proporciona una serie de sentencias en las que se aplica esta tesis doctrinal, entre otras, la Sentencia del Tribunal Fiscal de EE.UU., núm. 89 TC 986, de 23 de noviembre de 1987 (asunto Cherin v. C.I.R); Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 982 D2d 163, de 21 de septiembre de 1992 (asunto Illes v. C.I.R); Sentencia de Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 05-5111, de 12 de julio de 2006 (asunto Coltec Industries).

toda reestructuración empresarial tiene un resultado distinto al meramente fiscal, aunque sea simplemente organizativo de activos y pasivos.

- *La tesis disyuntiva*²². Indica que tan solo uno de los elementos, objetivo o subjetivo, resulta suficiente para justificar la sustancia económica. Esta tesis puede resultar incluso más complicada de subsanar, ya que la demostración de un efecto económico no fiscal sería suficiente para superar el test. Es más, se llegó a aceptar la finalidad negocial consistente en la reducción de la carga tributaria siempre que fuese estipulado de buena fe y susceptible de causar rentabilidad [Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 05-1015, de 2 de febrero de 2006 (Back & Decker Corporation v. EE.UU)].
- *La tesis unitaria o flexible*²³. Esta interpretación indica que los elementos objetivo y subjetivo no son suficientes para indicar la validez de la operación, sino que se requiere una evaluación global de la sustantividad económica. Esta tesis parece subsanar las deficiencias de las anteriores. También salva cuestiones como la eficacia de aquel negocio que tiene un propósito negocial claro pero que recae sobre la búsqueda de la ventaja fiscal. Un análisis individual de los elementos podría alcanzar una conclusión distinta al realizado globalmente, que en cualquier caso clasificaría la operación como ilícita.

En suma, nos encontramos ante una teorías cuya aplicación resulta dispar y ambigua, con múltiples interpretaciones. Esto dificultó la codificación en su país de origen y consecuentemente, la de aquellos que la reprodujeron.

1.1 La doctrina de los motivos económicos válidos

Con carácter previo a la elaboración de la doctrina de los motivos económicos válidos (“*business purpose doctrine*”), la jurisprudencia estadounidense llegó a considerar la elusión fiscal como un derecho del contribuyente, en cuanto a la utilización de la vía menos gravada. Así, el mencionado caso *Helvering v. Gregory*, cuestionó si tal afirmación contrariaba el espíritu de la ley²⁴.

²² Igualmente, el autor destaca la Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 84.1246, de 1 de noviembre de 1984 (*Rice’s Toyota World Inc. V. C.I.R.*).

²³ Esta interpretación se encuentra amparada por la Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 87-702 y 87-7032, de 16 de diciembre de 1987 (*Sochin v. C.I.R.*).

²⁴ Así, la resolución señala “*No se puede dudar del derecho legal de un contribuyente a reducir el importe de lo que de otro modo serían sus impuestos, o a evitarlos, por los medios que permite la ley (...)*”

Como se ha mencionado, la creación de esta teoría se sitúa en el caso *Helvering v. Gregory*, al igual que el resto de subdoctrinas. En contraposición, algunos autores²⁵ asocian el nacimiento de la tesis al caso *Cheff v. Mather*²⁶. Sin embargo, el conflicto no se centra en la fiscalidad de la transacción comercial, sino en un conflicto de intereses. Así, Booth²⁷ explica que en tal caso, el consejo de administración, tuvo que probar que la operación objeto del litigio se había tomado de buena fe y tras una investigación razonable. El Tribunal discutió la aplicabilidad de la *Business Judgment Rule*, principio sobre la diligencia del ordenado empresario y la motivación de las operaciones. Por tanto, los orígenes difusos de por sí, entremezclan principios propios del Derecho mercantil y Tributario.

Consecuentemente, planteamos la relación entre los motivos económicos válidos y la *Business Judgment Rule*, recogida en el art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) y creada jurisprudencialmente en EE.UU. Esta regla hace referencia “*al espacio de decisión empresarial que queda fuera del control judicial, siempre que se den determinados requisitos legales y jurisprudenciales en el actuar del administrador enjuiciado*”²⁸. Por ende, determina aquello relativo a las decisiones empresariales que no puede ser juzgado en los tribunales. Como se observa, esta regla es análoga al test de motivos económicos válidos, pues examina las motivaciones de las decisiones empresariales en el ámbito mercantil. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que los criterios legales y jurisprudenciales de la *Business Judgment Rule*, a diferencia de lo que ocurre con la *Business Purpose Doctrine*, se encuentran determinados²⁹ de modo que, el margen de discrecionalidad es menor. En esencia, algunos autores afirman que la doctrina de los motivos económicos es creada como una variante de la *Business*

pero la cuestión a determinar es si lo que se hizo, aparte del motivo fiscal, era lo que pretendía el estatuto”.

²⁵ Booth, R.A. “The Business Purpose Doctrine and the Limits of Equal Treatment in Corporation Law”, *SMU Law Review*, vol. 38, n.3, 1984 (disponible en <https://scholar.smu.edu/smulr/vol38/iss3/3>; última consulta 01/03/2021).

²⁶ Sentencia del Tribunal de Delaware, núm. 199 A.2d 54, de 17 de marzo de 1964 (*Cheff v. Mathes*).

²⁷ Booth, R.A. *Op. cit.*

²⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, núm. 2020/167960, de 24 de abril de 2020.

²⁹ El Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid recuerda tales requisitos en múltiples ocasiones (entre otros, núm. 2020/152648, de 15 de enero de 2020; núm. 2020/167960, de 24 de abril de 2020): “1. La decisión (acción/omisión) fue adoptada en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio. 2. Si la actuación del administrador es acorde a la buena fe empresarial (deber de lealtad). 3. Inexistencia de conflicto e intereses personales del administrador-sociedad (deber de lealtad). 4. Existencia de información suficiente previa a la toma de decisión estratégica o de negocio: existencia asesoramiento técnico que sea preciso en función de la naturaleza, el alcance y la trascendencia de la decisión adoptada; si la información fue analizada de modo apropiado; si la decisión adoptada fue coherente con dicho análisis. 5. Decisión adoptada conforme a los procedimientos legales, estatutarios o reglamentarios de decisión”.

Judgment Rule en el ámbito fiscal. No olvidemos que, ésta se centra principalmente en averiguar la diligencia del empresario y su buena fe, no en su motivación negocial. El resultado sería un coctel de conceptos, áreas y criterios integrados en una teoría jurídica de aplicación fiscal.

1.2 La doctrina de las transacciones simuladas

La doctrina de las transacciones simuladas (“*Sham Transaction Doctrine*”) es otra de las excepciones que permite a los tribunales apartarse de la interpretación literal de la ley. El Council On State Taxation de EE.UU.³⁰ (Consejo de Fiscalidad del Estado) define la *Sham Transaction Doctrine* diferenciando las farsas de hecho (las transacciones nunca tuvieron lugar) de la farsa económica o de fondo (las transacciones tienen lugar pero carecen de sustancia económica). De este modo, esta teoría niega la aplicación de ventajas fiscales cuando la motivación económica de las transacciones sea falsa, ya que el propósito recae sobre la evasión fiscal. La relevancia de esta teoría reside en la evaluación de la sustancia económica de las operaciones.

Se ha planteado qué ocurre, cuando la sustancia económica es la derivada de la reducción de la carga tributaria. No obstante, esta última afirmación fue rechazada en el caso *Knetsh v. EE.UU*³¹, en el que se deniega la deducción de intereses, en una operación ficticia cuyo único objetivo era crear deducciones.

Sin perjuicio de los problemas comunes que tienen todas estas teorías (inseguridad jurídica e indeterminación), el término anglosajón “*sham*” se utiliza con gran amplitud. Esto se debe a la relación directa de “farsa” con la realidad, la sustancia y la forma. Las diferentes perspectivas judiciales del término limitan potencialmente la aplicación de la farsa debido a su ambigüedad.

La interpretación mayoritaria de *Sham Transaction Doctrine* es aquella que indica que una transacción es una farsa a efectos fiscales si “no tiene ningún propósito comercial más que el de proporcionar beneficios fiscales al contribuyente (la prueba subjetiva), y en segundo lugar, no ofrece ninguna posibilidad razonable de obtener un beneficio y,

³⁰ Fletche, J.F y Nielsen, R.E, “States Applying Tax Anti-abuse Doctrines to Transactional Taxes”, *Council on State Taxation* (disponible en: <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/0/109676.pdf>; última consulta 01/03/2021).

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU, núm. 23, de 14 de noviembre de 1960 (asunto *Knetsh v. EE.UU*).

por lo tanto, carece de sustancia económica (la prueba objetiva)”³². Esto es, coincide con la tesis conjuntiva descrita *supra*.

1.3 La doctrina de la prevalencia de la sustancia sobre la forma

En tercer lugar, la doctrina de la prevalencia de la sustancia sobre la forma (“*Substance Over Form Doctrine*”), como describe Rodríguez–Ramos Ladaria³³ es aquella que permite a la Administración y tribunales recaracterizar una operación conforme a la sustancia económica de la misma cuando se prueba que la esencia es contraria a la forma. Como sucede con el resto de subdoctrinas, la *Substance Over Form* requiere que, se examine en sede judicial, si la sustancia económica de la operación se corresponde con la sustancia legal que se ha empleado. Este test analiza si el fondo es únicamente beneficios fiscales.

Se determinó en el *leading case* de estas teorías, *Helvering v. Gregory*, que “*la doctrina substance over form se aplica cuando la transacción, a primera vista; queda fuera de la intención clara de la ley y respetarla sería exaltar el artificio por encima de la realidad y privar a la disposición legal en cuestión de todo propósito serio*”. Merece la pena resaltar que esta teoría pretendía aplicarse cuando la intención fraudulenta se evidenciase “a primera vista”. No obstante, las actuaciones fraudulentas tienden a ser encubiertas para dificultar su prueba.

En definitiva, *Substance Over Form* exige un análisis del propósito negocial: las condiciones tributarias de una transacción se rigen por el fondo de la misma, con el objetivo de que el resultado fiscal sea conforme a la realidad económica, no al resultado que propone su forma³⁴.

A este respecto, resulta interesante el planteamiento del caso *Summa Holdings v. Commissioner of Internal Revenue*³⁵: “*la forma es el fondo cuando se trata del Derecho. Las palabras de la ley (su forma) determinan el contenido (su fondo). Qué extraño, entonces, permitir que el recaudador de impuestos invierta la secuencia - permitirle*

³² Cooley, Karen M. y Pulliam, D., “IRS, B&D Tool Up for Trial”, *Journal of Accountancy*, 2007, (disponible en <https://www.journalofaccountancy.com/issues/2007/may/irsbdtoolupfortrial.html>; última consulta 25/03/2021).

³³ Rodríguez-Ramos Ladaria, L., *Negocios anómalos y figuras afines en el Derecho Tributario. Infracciones administrativas y delito fiscal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 55.

³⁴ Freeman, J.B., “What is the Substance Over Form Doctrine?” *Freeman Law* (disponible en: <https://freemanlaw.com/substance-over-form-doctrine/>; última consulta 01/03/2021).

³⁵ Sentencia de Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 16-1712, de 16 de febrero de 2017 (asunto *Summa Holdings v. C.I.R.*).

determinar la sustancia de una ley y hacerla regir sobre la forma escrita de la ley- y llamarlo nada menos que doctrina". Siguiendo esta misma línea argumental, Martín López³⁶ cita la Sentencia del caso Zmuda v. C.I.R.³⁷ en la que el Tribunal de Apelación de EE.UU. limitó la aplicación de la doctrina de la sustancia sobre la forma a aquellos casos en los que la forma no controla a la sustancia.

Por otro lado, Lampreave Márquez³⁸ afirma que, son muchos los que encuentran esta teoría paradójica: las autoridades fiscales con frecuencia la aplican para obtener resultados favorables (recaudación). En contraposición, los contribuyentes rara vez han podido emplearla para reducir las cargas tributarias y se ven sujetos a una forma jurídica que eligieron en un principio (aunque no sea la correspondiente con el fondo), sin poder modificarla.

1.4 La doctrina de las Operaciones Fraccionadas

La doctrina de las Operaciones Fraccionadas ("*step transaction doctrine*"), indica que tanto la Administración como los tribunales pueden determinar que distintas operaciones, en principio independientes, constituyen una única operación. Esto se encuentra condicionado a la interdependencia de los pasos y el resultado final, como expone Rodríguez-Ramos Ladaria³⁹. Esto es, si ante la existencia de operaciones encadenadas y orientadas a un resultado concreto, existe otra posibilidad de obtener el mismo desenlace, de forma más sencilla y con una carga tributaria mayor, la fiscalidad se corresponderá con la operación prescindiendo de los pasos innecesarios.

Parece que esta doctrina impide que el contribuyente elija la forma y pasos a seguir para la consecución de un resultado complementario. Esto colapsa con el reconocimiento de nuestro ordenamiento de la planificación fiscal, la cual será discutida en el próximo capítulo. Es más, Arana Landín⁴⁰ señala que la aceptación de esta teoría en nuestro Derecho tiene un alcance limitado, así el TEAC⁴¹ alegó que "*no cabe entender la existencia de simulación cuando en ninguno de los negocios jurídicos celebrados nada se oculta ni se falsea, sino que por el contrario cada uno de ellos ocupa un lugar*

³⁶ Martín López, J. *Op. cit.*

³⁷ Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 83-7374, de 7 de marzo de 1984 (asunto Zuma v. C.I.R.).

³⁸ Lampreave Márquez, P. pp. 95. *Op. cit.*

³⁹ Rodríguez-Ramos Ladaria L., pp. 54. *Op. cit.*

⁴⁰ Arana Landín, S. "Operaciones simuladas en el marco de reestructuraciones empresariales" *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 22, 2006, pp. 1-14.

⁴¹ Resolución del TEAC, núm. JT 1996-292, de 28 de febrero de 1996.

preciso en la sucesión de todos y produce efectos naturales a fin de que la suma del conjunto ejerza el efecto deseado por el transmitente, que puede consistir en una economía de opción, se procura fundamentar más la improcedencia de considerar dichas operaciones y para ello se recurre, a las pruebas de la «step transaction doctrine»”.

Por otro lado, esta doctrina plantea dos cuestiones básicas: la conexión entre los pasos y el tiempo entre los mismos. Respecto a la conexión, el Tribunal Supremo de EE.UU.⁴² sugirió que la doctrina no puede aplicarse salvo que se pruebe la existencia de un compromiso vinculante entre las operaciones. En cuanto al lapso de tiempo entre los pasos, la jurisprudencia anglosajona no es concluyente. En ocasiones, los tribunales estadounidenses han afirmado que existe interdependencia cuando los pasos se encuentran separados por horas (véase el caso *Bruce v. Helvering*⁴³), mientras que en otras, se aplica esta teoría cuando el lapso temporal es de años (véase el caso *May Broadcasting Co. v. EE.UU.*⁴⁴).

2. LA INFLUENCIA EN LA DOCTRINA COMUNITARIA

En este apartado, se exponen brevemente las consecuencias derivadas de la introducción de las doctrinas anglosajonas en la regulación fiscal comunitaria, así como la influencia de la jurisprudencia de la UE.

Partimos de que todas estas teorías se han ido asimilando en varias legislaciones nacionales⁴⁵ de los estados miembros de la UE, hasta ser recogidas por el propio Derecho comunitario. Calderón Carrero y Ruiz Almendral⁴⁶ exhiben la importancia que le da la UE a la noción de abuso del Derecho⁴⁷ y la lucha contra el fraude. Igualmente,

⁴² Véanse los comentarios relativos al Tribunal Supremos de EE.UU. (en el asunto Gordon) en: Wood, R.W *et al* "Not your Father's Step Transaction Doctrine". *M&A Tax Report*, vol. 16, n. 5, 2007, p. 2.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU., núm. 6262, de 25 de febrero de 1935 (asunto *Bruce v. Helvering*).

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU., núm. 200 F.2d 852, de 8 de enero de 1953 (asunto *May Broadcasting Co. v. EE.UU.*).

⁴⁵ Especial referencia al Derecho inglés, y al Derecho germano, que adopta estas doctrinas bajo el nombre "Okonomische Betrachtungsweise".

⁴⁶ Calderón Carrero, J.M. y Ruiz Almendral, V. "La codificación de la doctrina de la sustancia económica en EE.UU. como nuevo modelo de norma general anti-abuso: la tendencia hacia el sustancialismo", *Revista Quincena Fiscal*, n. 15-16, 2010, pp. 37-75.

⁴⁷ Véase el apartado 25 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. 115/78, de 7 de febrero de 1979 (asunto *Knoors*): "no puede negarse el interés legítimo que puede tener un Estado miembro en impedir que, aprovechando las facilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten eludir abusivamente la aplicación de su normativa nacional en materia de formación profesional"

la UE busca la armonización de normas anti abuso nacionales y comunitarias y establece un principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE. Por tanto, la primera cuestión es la relativa a **la compatibilidad del establecimiento de una clausula anti abuso** (establecida por la Directiva 2009/133/CE) **con las regulaciones tributarias nacionales**.

Como consecuencia de la indeterminación acarreada por las teorías anglosajonas, se dan multitud de **conflictos interpretativos** que tratan de solventarse mediante la jurisprudencia de la UE. Ponemos de relieve algunas de las sentencias más relevantes.

- El caso Foggia⁴⁸ planteó dudas acerca de la calificación como “motivo económico válido” del ahorro de costes (consecuencia de la reducción de gastos administrativos y de gestión), lo cual es inherente en toda fusión por absorción. La respuesta resultó negativa, pues como señala Falcón y Tella⁴⁹, si se admitiesen que la reducción de costes administrativos son motivos económicos válidos para aplicar el régimen, se vaciaría de contenido el requisito del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434/CEE.
- Por otro lado, se cuestionaron cuáles son los impuestos cuya minoración pueden constituir o no el fraude o evasión fiscal que la norma anti abuso trata de evitar. El caso Zwijnenburg BV⁵⁰ proporciona una interpretación uniforme y señala que *“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”*. De forma que, los impuestos expresamente contemplados en la Directiva son⁵¹: el gravamen sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real y fiscal de los

⁴⁸ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-126/10, de 10 de noviembre de 2011, en la que se indica que *“si se admite sistemáticamente que el ahorro de los costes estructurales resultantes de la reducción de los gastos administrativos y de gestión constituye un motivo económico válido, sin tener en cuenta los otros objetivos de la operación proyectada, y más en particular las ventajas fiscales, la regla enunciada en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 se vería privada completamente de su finalidad, que consiste en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros al establecer, con arreglo al noveno considerando de dicha Directiva, la facultad de estos últimos de denegar la aplicación de las disposiciones previstas por la Directiva en caso de fraude o de evasión fiscal”*.

⁴⁹ Falcón y Tella, R. “Tratamiento fiscal de las fusiones posteriores a una adquisición apalancada (leveraged buyout): SAN 16 octubre 2013”, *Revista Quincena Fiscal*. n. 3, 2014, pp. 1-5.

⁵⁰ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-352/08, de 20 de mayo de 2010.

⁵¹ López Tello, J. “La cláusula antiabuso del régimen fiscal de fusiones tras la Sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg Bv*”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 27, 2010, pp. 45-54.

elementos transferidos (fusiones, escisiones y aportaciones de rama de actividad); el gravamen sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria en caso de poseer una participación en el capital de la sociedad transmitente con motivo de la anulación de su participación; el gravamen sobre beneficio o plusvalía del socio que reciba participaciones del capital social de sociedad beneficiaria o dominante (fusión, escisión y canje de valores); y finalmente, la renuncia a los derechos de imposición sobre el establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado distinto (fusión, escisión y aportación de activos).

Por otra parte, tiene suma importancia las resoluciones que tratan **el potencial conflicto de las libertades comunitarias con la cláusula anti abuso**, derivado de las teorías anglosajonas. Un ejemplo de libertad comunitaria en conflicto es el derecho de establecimiento. El caso Cadbury Shweppes⁵² confirma que las libertades comunitarias (en tal caso, la libertad de establecimiento) deben respetarse y tan solo puede privarse del régimen fiscal beneficioso “*cuando el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica*” (apartado 55). Añade que, la constatación de tal montaje exige, además de la voluntad de obtener una ventaja fiscal, que no se alcance el objetivo perseguido por la libertad comunitaria en el caso concreto.

En esencia, en materia de abuso del Derecho la jurisprudencia comunitaria tiene una gran relevancia y se concluye que, como alega el TJUE en el caso Centros⁵³, “*aunque en tales circunstancias los órganos jurisdiccionales nacionales puedan, en cada caso concreto, basándose en **elementos objetivos** [a día de hoy todavía indeterminados], tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en su caso, el beneficio de las disposiciones de Derecho comunitario invocadas, al apreciar este comportamiento, **deben tomar en consideración igualmente los objetivos perseguidos por las disposiciones comunitarias controvertidas** (sentencia Paletta, antes citada, apartado 25)”.*

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-196/04, de 12 de septiembre de 2006.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-212/97, de 9 de marzo de 1999.

3. LA INTEGRACIÓN DE LAS CORRIENTES DOCTRINALES EN EL DERECHO NACIONAL

Como se ha mencionado de forma reiterada, la cláusula anti abuso del régimen especial de las reestructuraciones empresariales es consecuencia de la Directiva 90/434/CEE (posteriormente derogada por la Directiva 2009/133/CE). Con ello, se ha impuesto en el ordenamiento español un régimen impregnado por teorías anglosajonas. Además de los principales problemas que tiene con el Derecho de la UE, anteriormente comentados, surgen conflictos con las propias normas nacionales.

3.1 La falta de valoración de las figuras similares existentes en el ordenamiento español

En primer lugar, es de interés apuntar que **las teorías expuestas en el apartado anterior no resultan completamente novedosas en el ordenamiento español**. Así, la doctrina de la sustancia económica consiste en la búsqueda de la realidad económica y el principio de capacidad económica, recogidos con anterioridad en nuestro Derecho. Se encuentran las siguientes similitudes.

- En primer lugar, la teoría de la prevalencia de la sustancia sobre la forma puede equipararse a la aplicación de las normas del ordenamiento en función de la verdadera naturaleza de las operaciones. Lois Estévez⁵⁴ explica que, ante cualquier litigio, el primer paso consiste en la calificación jurídica del supuesto fáctico, de forma que, con independencia de lo alegado por las partes, rija la normativa correspondiente a la naturaleza jurídica. La prevalencia de la sustancia sobre la forma consiste en un examen calificativo, conforme a la verdadera naturaleza jurídica de las operaciones⁵⁵.
- Del mismo modo, la transacción falsa trata la figura de la simulación⁵⁶, ya que persigue aplicar el tratamiento fiscal adecuado en aquellas operaciones en las

⁵⁴ Lois Estevez, J. "Sobre el concepto de naturaleza jurídica", *Anuario de filosofía del Derecho*, n. 4, 1956, pp. 159-182.

⁵⁵ Véase el art. 13 LGT: "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".

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 414/2016, de 24 de febrero de 2016: "*en definitiva, la simulación se presenta como una divergencia entre lo realizado y lo manifestado, conllevando una ocultación de la realidad que por su propia naturaleza ha de ser intencionada, siendo la simulación relativa una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de la ley*" (voto particular: Emilio Frías Ponce).

que los hechos hayan sido disfrazados. No obstante, téngase en cuenta que actualmente la simulación es objeto de debate interpretativo.

- Por último, señalamos la doctrina de las operaciones fraccionadas, la cual conlleva el mismo procedimiento que un análisis de conjunto negocial, con especial relevancia en material civil. Esto es, el examen que determina si las actuaciones constituyen un único contrato o son independientes, lo cual se realiza mediante la valoración de la causa de éstos: si el móvil de la celebración refleja unidad, existe una única operación, si de lo contrario hay pluralidad de causas, existen diversas operaciones⁵⁷.

La primera dificultad procede de **la existencia de grandes diferencias entre el Derecho anglosajón y el Derecho español en materia de abuso del Derecho**. Carrasquer Clari⁵⁸ nombra los principales puntos conflictivos que encuentra entre el ordenamiento español y la instauración de la cláusula anti abuso: (i) la quiebra del principio jerárquico de fuentes en el Derecho español, pues al prevalecer una mayor discrecionalidad de la Administración y los Tribunales, el principio rector se funda en un juicio de valores generales; (ii) el poder normativo y el poder judicial se confunden, siendo difícilmente asumible en nuestro ordenamiento; (iii) la integración de las teorías estadounidenses sin asumir un significado objetivo, y derivando en otros recursos jurisprudenciales comunes (como es la doctrina del levantamiento del velo, en materia de abuso de Derecho).

3.2 El conflicto relativo al fraude de ley, la simulación y las sanciones

Es relevante mencionar que **en el *Common Law* las cláusulas anti abuso no tiene origen en el concepto civil de fraude de ley, como sucede en nuestro Derecho**. A continuación, enunciamos algunos de las consecuencias más relevantes de tal hecho, con impacto en el ámbito de las reestructuraciones empresariales.

- Primero, destacamos **las diferencias existentes en la figura del fraude de ley**⁵⁹.

⁵⁷ Véanse los artículos 1274-1277 CC.

⁵⁸ Carrasquer Clari, M.L., *El problema del fraude a la ley en el Derecho Tributario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 46-47.

⁵⁹ Nótese que el empleo del término “fraude de ley” se ejecuta como sinónimo del “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” (art. 15 LGT). Esta última figura se incorporó en la Ley 58/2003, en sustitución del fraude de ley. Se introdujo como nuevo instrumento de lucha contra el fraude, y comprende supuesto de fraude de ley y negocios indirectos. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo utiliza con frecuencia tales conceptos como equivalentes. A modo ilustrativo, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 904/2020, de 2 de julio de 2020: “*es doctrina jurisprudencial clásica,*

Es menester atender a lo indicado en la Resolución del TEAC, núm. 656/2007, de 25 de junio de 2009. Ésta resume la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional hasta el momento, relativa a la figura del fraude de ley y las doctrinas de la sustancia económica. Indica que la figura del fraude de ley tributaria (“conflicto en la aplicación de las normas tributarias”, en el art. 15 de la Ley General Tributaria, en adelante “LGT”) no es distinta de la configuración dada al fraude de ley por las teorías americanas, revisadas anteriormente. El Tribunal Supremo ha considerado el fraude de ley como, sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio utilizado a tal fin, con infracción de los deberes jurídicos generales, para eludir una norma. Por otro lado, esta resolución matiza que, de conformidad con el Tribunal Constitucional, no hay ocultación fáctica en el fraude de ley tributaria, sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más propicio, buscando evitar la aplicación menos favorable, es decir, disminuir la carga fiscal. Todas estas definiciones coinciden con lo que lo que pretende la cláusula general anti abuso del régimen especial de neutralidad: evitar que se aplique la ventaja fiscal del mismo cuando se emplea única o principalmente para beneficiarse de la misma.

Pues bien, en contra de este razonamiento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo evoluciona hasta indicar que la cláusula anti abuso del régimen fiscal de diferimiento no se corresponde con la figura del fraude de ley, pues “*cuando la norma, el artículo 110 [de la Ley 43/1995, correspondiente con el actual art. 89 LIS], excluye un fin distinto, en concreto, un fin de fraude o evasión fiscal, no está utilizando el supuesto de fraude de Ley que contiene el artículo 24 de la LGT , que implica ampararse en negocios jurídicos impropios para la consecución del resultado apetecido y todo ello con fines exclusivos de ahorro fiscal. El artículo 110 simplemente impide que al amparo del régimen especial se persiga y consume una finalidad defraudatoria cuya apreciación corresponde a la Administración y su revisión a la Jurisdicción*”⁶⁰. Por tanto, esta interpretación del Tribunal Supremo contrapone los “fines o fraude de evasión fiscal” (en la actual LIS, “principal objetivo el fraude o evasión fiscal”) a la figura del fraude de ley. No olvidemos que, la propia figura de fraude de ley,

además, la que distingue el fraude de ley (actual conflicto en la aplicación de la norma) de la simulación afirmando que en aquél el negocio o negocios realizados son reales”.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 3777/2008, de 8 de marzo de 2012.

recogida en el art. 6.4 CC⁶¹, incluye en su definición la motivación fraudulenta (“actos que persiguen un resultado prohibido”). Por ello, resulta difícil comprender esta diferenciación que ha realizado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones.

A mayor abundamiento y tras la introducción de la simulación en la normativa fiscal, recogida en el art. 16 de la LGT, se dificulta la clasificación de la cláusula anti abuso. El test de los motivos económicos, como señala Ruiz Almendral⁶² “tratará de ubicar el engaño en la utilización de una forma artificiosa (fraude) o en una burda ocultación de un negocio por otro (simulación)”. Puede parecer que, el Tribunal Supremo se alejó de la equiparación del fraude de ley con la cláusula anti abuso, como intento de aproximamiento a las teorías estadounidenses, pues traduciendo los términos en ellas empleados (“sham” como “farsa” o “simulación”) se acercan a la figura de la simulación. Pues bien, la incongruencia es notable, con origen en la absorción de figuras de otras jurisdicciones, diferentes a las existentes en el ordenamiento español, así como por la traducción de términos que no se corresponden con los mismos conceptos (entre otros, fraude, simulación, artificiosidad, farsa, etc.).

- Por otro lado, debemos mencionar **la inviabilidad de imponer sanciones en los supuestos de evasión fiscal**. Con la codificación de la doctrina de la sustancia económica en EE.UU., se ha elaborado un estricto régimen sancionador para aquellas operaciones que, careciendo de sustancia económica, disfruten de los beneficios fiscales previstos para ellas. Así, como indica Martín López,⁶³ se admite la punibilidad de conductas no solo de naturaleza evasora o defraudadora, sino también meramente elusivas. Las sanciones, conforme al legislador español, tan solo pueden imponerse en los casos de simulación. Reza el art. 16.3 LGT que “en la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente”⁶⁴. En oposición, en el fraude de ley el art. 15 de la LGT

⁶¹ Art. 6.4 CC: “4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

⁶² Ruiz Almendral, V. *El fraude a la ley tributaria a examen. (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 115.

⁶³ Martín López, J. *Loc. cit.*

⁶⁴ Nótese que la literalidad del artículo parece permitir la existencia de supuestos (“en su caso”) en los que la sanción no tiene cavidad. No obstante, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo

prohíbe la imposición de sanciones ante este tipo de prácticas elusivas⁶⁵. Por tanto, el resultado de actuaciones evasoras, elusivas o defraudadoras es la aplicación de la norma fiscal que hubiese correspondido a los negocios propios o aquel eliminando las ventajas fiscales, además de intereses de demora. La imposibilidad de imponer sanciones en el fraude de ley proviene del principio de legalidad penal, así como de la concesión a la Administración de una autoridad que no garantiza la tutela penal del bien jurídico protegido ni extingue la acción penal del contribuyente (véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 120/2005, de 10 de mayo de 2005).

En esencia, la imposición de sanciones dependerá de la consideración de la cláusula anti abuso como fraude de ley o simulación.

Ya se ha expuesto que, la jurisprudencia no ha sido uniforme respecto a la calificación de la cláusula, tampoco lo ha sido en lo relativo al régimen sancionador. A este respecto, es interesante el resumen jurisprudencial realizado por García Berro⁶⁶. En principio, el Tribunal Supremo en su consideración de la cláusula como fraude de ley, negó la imposición de sanciones de ningún tipo⁶⁷, haciendo referencia a la prohibición expresa del legislador y a la imposibilidad de calificar los supuestos del art.110.2 de la antigua LIS, como infracción tributaria. En el año 2016, rechazó la posibilidad de sanción, pero empleó una justificación distinta a la del fraude de ley: *“Se trata de una cuestión controvertida, que se vio aun más complicada, no ya solo por la falta de definición específica de los conceptos de fraude y evasión fiscal, sino por las dudas interpretativas que suscitó la redacción anterior a la modificación que sufrió por la ley 14 de 2000, de 29 de Diciembre, al contemplar un único supuesto de exclusión del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones y canje de valores, en el caso de que probara que la operación se realizó principalmente con fines de fraude o evasión fiscal”*⁶⁸. Esto es, se justifica en la falta de imposición de sanción explícita por el régimen. Ahora, el

confirma que la simulación comporta inevitablemente el dolo, sin que quepa una interpretación amparada en el art. 179.2, d) LGT. Por tanto, la simulación siempre conlleva la sanción (Sentencias del Tribunal Supremo, núm. 820/2021, de 22 de enero de 2021; y núm. 135/2021, de 4 de febrero de 2021).

⁶⁵ Sin perjuicio de lo indicado en el art. 206 Bis LGT sobre la infracción en supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

⁶⁶ García Berro, F. *Elusión Tributaria y cláusulas antiabuso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2018, pp. 330-333.

⁶⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 3703/2009, de 3 de septiembre 2012.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 887/2014, de 23 de febrero de 2016.

Tribunal Supremo, en alguna ocasión, ha admitido la sanción cuando las circunstancias lo permitieran, relacionándolas con la posible simulación (véase las Sentencias del Tribunal Supremo, núm. 290/2011, de 16 de enero de 2014, y núm. 848/2012, de 13 de junio de 2014). Finalmente, el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de sancionar en determinadas circunstancias y ante el cumplimiento de todas las exigencias de culpabilidad. La Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 211/2015, de 13 de diciembre de 2016, ha confirmado que *“ante estas circunstancias, que llevan a la Inspección a considerar que se estaba ante un supuesto de simulación relativa, no resultaba automática la aplicación de la doctrina jurisprudencial que tiene en cuenta la Sala de instancia, como vino a reconocer la propia sentencia de 16 de enero de 2014, al precisar no obstante la estimación del motivo, siguiendo la doctrina expuesta en la sentencia de 3 de julio de 2012, que afectaba a una operación de escisión parcial, que todo ello era sin perjuicio de « que la apreciación de las circunstancias concurrentes, siempre necesaria en este tipo de controversias, de acuerdo con la doctrina del TJUE, pueda imponer solución distinta»”*.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse la persistencia en la falta de un pronunciamiento contundente del Tribunal Supremo en lo relativo al régimen sancionador. Así, el Auto del Tribunal Supremo, núm. 5886/2019, de 7 de febrero de 2020, afirmó que *“no existe una concreta doctrina que aclare si esta cláusula antiabuso es incompatible con el actual conflicto en la aplicación de la norma en el sentido de no ser exigible la declaración de este último”*. Con ello, se evidencia la necesidad de un examen del Tribunal, que clarifique la cuestión relativa a si ante la inexistencia de motivo económico válido se requiere la tramitación del expediente de conflicto en la aplicación de la norma, a fin de impedir aplicar el régimen de neutralidad fiscal.

En suma, la inconcluyente jurisprudencia del **Tribunal Supremo parece aceptar la sanción en determinadas ocasiones**, a lo que debemos sumarle las siguientes consideraciones:

- a) No existen criterios objetivos que determinen cuales son tales circunstancias.
- b) Si la falta de motivos económicos válidos, como presunción que permite activar la cláusula anti abuso, da lugar a medidas punitivas colapsaría con la presunción de inocencia en el ámbito penal y administrativo sancionador.

- c) Los efectos determinados por el art. 89 se limitan a la inaplicación del régimen y eliminación exclusiva de los efectos de la ventaja fiscal. No valoran la sanción.

3.3 El contexto en el que se instauró el régimen

Además de los puntos conflictivos señalados, es menester poner de relieve **el contexto en el que, con anterioridad a la transposición de la Directiva 90/434/CEE, se había instaurado el régimen fiscal para las reestructuraciones empresariales**. La Ley anterior a la Directiva, Ley 61/78, presentaba disposiciones que promovían una economía cerrada. Así, el art. 25 que recogía la fiscalidad del régimen de reestructuraciones, concedía una bonificación de hasta el 99 por ciento de la cuota, “las plusvalías que se pongan de manifiesto en los casos de fusión de Sociedades que beneficieren a la economía nacional, en las que, mediante cualquiera de las modalidades admitidas en las leyes, se produzca además del traspaso en bloque del patrimonio o patrimonios, la agrupación en una sola Entidad de los socios o accionistas respectivos, con disolución de alguna o todas las Sociedades preexistentes, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”. Es decir, solo aquellas sociedades que beneficiasen la economía nacional gozarían de beneficio fiscal, y para ello debían de solicitarlo al Ministerio de Economía y Hacienda (régimen rogado). Por tanto, en un economía cerrada, que con la entrada en la UE tuvo lugar su apertura y cuyo régimen exigía como requisito el beneficio a la economía nacional, se instauró un régimen general para todas las operaciones de reestructuración que quedaba condicionado a no tener como único o principal objetivo el fraude o evasión fiscal, y que ponía como presunción el concepto jurídico indeterminado “motivos económicos válidos”.

A la luz de dichas afirmaciones, es interesante sacar a colación la Declaración de Granada del año 2018⁶⁹, firmada por treinta y cinco catedráticos de Derecho Financiero y Tributario de toda España. Ponen de relieve las actuaciones actuales que perturban el desarrollo de distintos principios del ordenamiento en el ámbito fiscal. La literalidad del texto señala que “la legalidad tributaria se ha deteriorado, sin apenas crítica, de funciones normativas por parte de los órganos jurisdiccionales, sobre todo del TJUE. Con ello no hemos hecho cosa que acoger casi sin protestas un modelo de creación del Derecho de raíz anglosajona, completamente ajeno a nuestra tradición jurídica”. Con

⁶⁹ Rodríguez Bereijo *et al*, “Declaración de Granada”, *Revista española de Derecho Financiero (Tribuna)*, Editorial Civitas, n. 179, 2018.

ello se cuestiona el uso de los tribunales, en especial del Tribunal Constitucional, acerca de las “sentencias interpretativas⁷⁰”. Ello resulta en el abandono del análisis dogmático de la norma por el positivismo jurisprudencial, es decir, se desplaza la ley como fuente primaria para ceder su puesto a los Tribunales.

En definitiva, ante dicha situación así como las propias diferencias entre el *Common Law* y nuestro ordenamiento, las dificultades e incongruencias, consecuencia de la asunción de una cláusula anti abuso derivada de las doctrinas anglosajonas, parecen quedar evidenciadas.

⁷⁰ La RAE define la sentencia interpretativa como “sentencia que resuelve no anular una norma determinada porque puede ser interpretada del modo, conforme al ordenamiento, que la propia sentencia establece”.

CAPÍTULO IV: LA PLANIFICACIÓN FISCAL

Como se ha desarrollado, el régimen fiscal del diferimiento exige por parte de la Administración tributaria un examen de la motivación del contribuyente a la hora de llevar a cabo las operaciones de reestructuración. Ante tal requerimiento, nos planteamos la relevancia que tiene dicha motivación si el resultado (incentivado por el legislador mediante beneficios fiscales, o por lo menos, no frenado) es equivalente al que tendría con una justificación que incluya a juicio de la Administración y los tribunales, algún motivo económico válido. En este apartado exponemos las ideas principales que derivan de la planificación fiscal, así como su posicionamiento jurídico como libertad comunitaria.

El Código Civil (en adelante, “CC”) expresa en el art. 1255⁷¹ **el principio de autonomía de la voluntad**, es decir, codifica la libertad negocial. Resulta lógico, pensar que las decisiones tomadas en la esfera de la empresa tienen repercusión en el ámbito fiscal, y que además, tal repercusión será una variable importante en el proceso decisorio. De esta forma, entra en juego el concepto de economías de opción o la opción fiscal.

La economía de opción o planificación fiscal ha sido designada de diferentes formas por los autores, la definición proporcionada por la Real Academia Española (en adelante, “RAE”) es la siguiente: “posibilidad que concede al contribuyente la normativa tributaria de realizar un negocio jurídico por una o más vías alternativas, lícitas, válidas y reales, siendo una de ellas más económica en términos fiscales”⁷². De igual modo, la planificación fiscal, es descrita como “la adopción de aquellas decisiones, negocios y formas jurídicas que, siempre con amparo en la ley, optimicen el coste fiscal de una operación”⁷³. Pont Clemente⁷⁴ recoge diferentes perspectivas, como la de José Larraz⁷⁵ quien se refiere las economías de opción como “aquellas conductas de los contribuyentes en las que se da concordancia entre lo formalizado y la realidad,

⁷¹ Art. 1225 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

⁷² Además, la propia RAE cita la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 46/2000, de 17 de febrero de 2000: “[...] posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas a la consecución de un mismo fin, pero generadora las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras”.

⁷³ Salas Bernalte, F. “Las motivaciones fiscales en los negocios jurídicos: legalidad tributaria y control de la causa negocial”. *Revista Digital Facultad de Derecho (UNED)*, nº 3, 2010, pp. 40-87.

⁷⁴ Pont Clemente, J.F., *La economía de opción*. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2006, pp. 14-16.

⁷⁵ El concepto de economía de opción fue introducido por este ex ministro de Hacienda (José Larraz López).

no existe de ningún modo simulación, no se contraria ni la letra ni el espíritu de lo Ley y se procura un ahorro tributario”. De forma que, traslada a nuestro país el concepto francés de ahorro, designado en su Derecho como “*economie*” (en castellano, “economía”). Con ello, se generalizaba la posibilidad del contribuidor de elegir la opción menos gravosa. Asimismo, indica que estas conductas son propias del buen contribuyente pues, no se aprovecha de un defecto del sistema, sino que se determina la realización o no, de uno o varios, presupuestos de hecho, posibilidad no privativa del Derecho.

Efectivamente, las economías de opción son las posibilidades que tiene el contribuyente como consecuencia de la no imposición del ordenamiento de seleccionar el comportamiento más costoso en términos tributarios o la prohibición de optar por la menos costosa, siempre que no exista simulación negocial, fraude de ley, ni se atente contra el espíritu de la norma tributaria.⁷⁶ Es más, la doctrina⁷⁷ mayoritaria afirma que la opción es una “manifestación de la voluntad” y “un acto del sujeto pasivo”.

Si bien es verdad que, actualmente la planificación fiscal es acogida ampliamente como un término jurídico válido e indiscutible, su delimitación respecto al alcance y extensión, entra en conflicto con las figuras anti abuso generales. En consecuencia, son válidos cualesquiera los motivos existentes para fijar la causa lícita de los negocios jurídicos (libertad de la voluntad), salvo que constituyan fraude o abuso, línea difícilmente determinable. No obstante, debe incorporarse los términos buena fe, en la identificación del uso de economía opción, pues será detonante para descartar prácticas abusivas y evasivas.

A este respecto concluimos que, conforme a la libertad negocial, la motivación de las operaciones de reestructuración deberá ser aceptada salvo que se encuentre dentro de la esfera del abuso del Derecho y comportamientos fraudulentos.

En este punto, procede hacer mención **al principio de capacidad económica**, recogido en el art.31.1 de la Constitución española (en adelante, “CE”) y el art. 3.1 de la LGT⁷⁸,

⁷⁶ Salas Bernalte. *Op. cit.*

⁷⁷ Sentencia Tribunal Supremo, núm.3217/07, de 5 de julio de 2011 y Resolución del TEAC, núm. 101/2009, de 18 de diciembre de 2008.

⁷⁸ Art.31.1 CE:” todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Art. 3.1 LGT:”la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de

entendido como el deber de contribuir a las cargas públicas conforme a la capacidad económica⁷⁹ para ello. La cuestión es la siguiente, si lo que se grava es la capacidad económica y ante la posibilidad de aplicación de distintas normas tributarias (más o menos gravosas), ¿cuál es realmente la capacidad económica del contribuyente, en función de la que se debe exigir el pago de tributos? Si son de aplicación varios preceptos, podría estar gravándose una cuantía distinta a la representada por la verdadera realidad económica del contribuyente, que se encuentra tras la motivación de los negocios jurídicos que estipula la aplicación del precepto más o menos gravoso. En consecuencia, la jurisprudencia indica que la norma trata de evitar “el recurso a economías de opción indeseadas (entendiendo por tales la posibilidad de elegir entre varias alternativas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras), como expresión máxima de la búsqueda de la capacidad económica efectiva”⁸⁰.

Por otro lado, los tribunales han determinado que las economías de opción no afectan al principio de capacidad económica y distinguen dichos comportamientos del fraude fiscal: *“No cabe confundir la conducta de quien, para capear una carga fiscal, ejecuta, en el ejercicio legítimo de su libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), un negocio distinto del pretendido, obteniendo los efectos civiles y mercantiles propios del realmente realizado y no los del inicialmente programado, con la situación de quien con idéntica mira lleva a cabo la operación tributariamente más beneficiosa, pero la organiza de modo que (por fraude, simulación u otro artificio) las consecuencias para su patrimonio en el orden civil y mercantil sean las que corresponderían a la opción inicial, fiscalmente más onerosa. La «economía de opción» no ampara tal clase de comportamientos”*⁸¹. Consecuentemente, las economías de opción no perturban al principio de capacidad económica siempre que las operaciones no se organicen mediante fraude, simulación u otro artificio, pues en tales casos no se optaría por el comportamiento fiscalmente más beneficioso, sino que se estaría esquivando la norma tributaria.

justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad”

⁷⁹ La capacidad económica es definida por la RAE como “el conjunto de negocios jurídicos, actos o hechos susceptibles de ser sometido a gravamen por poner de manifiesto dicha capacidad y que debe ser definida por la ley en el hecho imponible de los tributos y en particular de los impuestos”.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 46/2000, de 17 de febrero de 2000.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 2012/4911, de 8 de marzo de 2012.

En definitiva, siempre que no se vulnere ninguna obligación legal, queda a elección de los contribuyentes la fiscalidad más o menos rentable y ventajosa a sus intereses. Además, la forma contractual escogida no tiene que ser necesariamente la habitual, común o tradicional⁸².

Igualmente, a nivel de la UE se reconoce la licitud de las opciones tributarias, condicionadas a que no se traten de prácticas abusivas (siendo dicha comprobación labor de los órganos jurisdiccionales nacionales⁸³). La resolución del caso Halifax⁸⁴ determina que el contribuyente puede libremente elegir la estructura de su actividad que más limite su deuda fiscal, sin que tenga que optar por la maximización de tributos.

A la luz de que el abuso del Derecho se posiciona como frontera en la licitud de la planificación fiscal, la jurisprudencia europea cobra especial importancia en dicha materia. Asimismo, en relación con las ideas ya mencionadas (capacidad económica, planificación fiscal y abuso del Derecho) debemos destacar el criterio de **realidad económica**, pues ciertamente esa es la finalidad tributaria: la capacidad económica, en función de la cual se debe contribuir, ha de atender a la realidad, evitando de tal forma el abuso del derecho en las prácticas de planificación fiscal. Además, Pita Grandal y Aneiros Pereira⁸⁵ distinguen la realidad económica de los motivos económicos, e indican que las medidas anti abuso nacionales restrictivas de derechos comunitarios (como puede ser la limitación de la planificación fiscal) solo puede justificarse con la lucha contra comportamientos abusivos, siendo ello resultado del ya visto caso de Cadbury Schweppes. Recordamos que el párrafo 55 de la resolución dictaba que: “*el objetivo específico de tal restricción [en este caso se discutía la libertad de establecimiento] debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional*”. En suma, los requisitos relativos a la motivación de las operaciones en el régimen de las reestructuraciones empresariales no

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 9712/1997, de 2 de noviembre de 2002.

⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-515/03, de 21 de julio de 2005. Señala que “*corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, con arreglo a las normas en materia probatoria del Derecho nacional, siempre que no se amenace la eficacia del Derecho comunitario, si concurren en el litigio principal los elementos constitutivos de dicha práctica abusiva*”.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, núm. C-255/02, de 21 de febrero de 2006.

⁸⁵ Pita Grandal, A.M. y Aneiros Pereira, J. “La cláusula anti abuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española, *Crónica Tributaria*, n. 144, 2012, pp. 111-148.

atentan contra la autonomía de la voluntad ni la licitud de las opciones tributarias ya que recae sobre el ámbito de protección jurídica contra el fraude.

Por otro lado, en el análisis de la economía de opción y su relevancia en el régimen fiscal de neutralidad, debe acudirse al **principio de seguridad jurídica**⁸⁶, a fin de comprender la licitud de la aplicabilidad del régimen condicionada a la motivación de las operaciones. Ante la obviedad de que el fin último de las sociedades mercantiles es la obtención de beneficio y la rentabilidad, no se puede exigir ni esperar que los comportamientos, como regla general, se encuentren guiados por la búsqueda de un fin distinto al indicado. Por lo que, se cuestiona si la valoración relativa a los motivos económicos válidos, es una intrusión indebida de la Administración en la esfera de decisiones personales. Si bien estas decisiones pueden resultar más o menos acertadas respecto a las operaciones de reestructuración empresarial, la Administración se encontraría juzgando arbitrariamente la lógica del empresario, con independencia del resultado. Así, el Tribunal Supremo⁸⁷ indica que el Tribunal Constitucional ha rechazado en diversas ocasiones que el aplicador del Derecho pueda determinar arbitrariamente cuáles son los supuestos en los que surge la obligación tributaria y cómo hacer que sea mayor o menor (es decir, su alcance). En tal caso, se estaría ocupando el papel del legislador y quebrantado los principios de seguridad jurídica y reserva de ley tributaria. Igualmente, el Tribunal Constitucional señala que *“la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la C.E. equivale, con fórmula obligadamente esquemática, a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses, jurídicamente tutelados”*⁸⁸.

Compañ Parodi⁸⁹ fija cuales son los elementos que pueden incrementar la inseguridad jurídica en el caso de las opciones tributarias. Éstos son los siguientes: (i) el riesgo aumentado de imprecisiones e incongruencias como consecuencia de la existencia de dos soluciones jurídicas. Esto es, la incertidumbre, únicamente subsanable con la delimitación del contenido; (ii) la voluntad implícita en la elección de las opciones que cuestiona el conocimiento del contribuyente sobre los efectos jurídicos de las soluciones

⁸⁶ Art. 9.3 CE: “la Constitución garantiza el principio de legalidad, jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 570/2019, de 25 de abril de 2019.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 15/1986, de 31 de enero de 1986.

⁸⁹ Compañ Parodi, T. *Las opciones tributarias e el ordenamiento español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 131-134.

existentes; (iii) la precisión y claridad de los requisitos de tiempo y forma de las opciones dada la repercusión que tiene en la esfera jurídica del contribuyente, así como de la Administración e incluso de terceros; y (iv) la adopción de garantías suficientes como resultado de la imposibilidad de dejar a la libre elección del contribuyente el grado en el que asiste al sostenimiento de los gastos públicos. Finalmente, este autor concluye que “el respeto al principio constitucional de seguridad jurídica impone, en materia de opciones tributarias, la necesidad de precisar normativamente y de forma clara los diferentes elementos que las integran”. Ante el cumplimiento de dicha precisión y escurpulosidad normativa no podría alegarse falta de seguridad jurídica. No obstante, en lo concerniente al régimen fiscal de diferimiento, el concepto de motivos económicos válidos carece de configuración precisa.

Es menester apuntar que, en línea con los argumentos alegados en la citada Declaración de Granada, el uso por parte del legislador de expresiones insuficientemente claras, deriva en una difícil interpretación y comprensión. Así, la frecuente formulación de consultas convierte a la Dirección General de Tributos (en adelante, “DGT”) en una especie de oráculo que proporciona a la Administración, el contribuyente y los tribunales la verdad contenida en la norma.

En suma, si la planificación tributaria es válida, ¿por qué esa necesidad de probar los motivos económicos válidos de las operaciones de reestructuración? Pues bien, como se ha indicado, debe admitirse la argumentación basada en la licitud del concepto de motivo económico consecuencia de la fina línea entre el abuso del derecho y la planificación fiscal.

CAPÍTULO V. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ

La carga de la prueba ha sido causa de debate jurídico en lo relativo a la demostración de la existencia de motivos económicos válidos. Además de las dificultades que ya implica la prueba tributaria, entra en juego la indeterminación de los motivos económicos válidos. Pues, resulta infinitamente más laborioso, probar una presunción de validez que no se encuentra tipificada ni estipulada por la jurisprudencia. Por tanto, la inseguridad jurídica que de por sí conllevan los motivos económicos válidos, incrementa cuando la Administración o el contribuyente ha de probar la existencia de estos. La tarea es doble: (i) se debe probar que lo que se pretende categorizar como motivo económico válido, es realmente una causa sustancial suficiente para demostrar que las operaciones no tienen como principal objetivo el fraude o evasión fiscal; (ii) se debe probar que ese motivo económico válido suficiente que se ha probado, tiene lugar en las operaciones a las que se le pretende aplicar el régimen fiscal especial.

Téngase en cuenta que, la Directiva 90/434/CEE no exigía la prueba de los motivos económicos válidos para la aplicación del régimen de diferimiento, sino que éstos actuaban como una presunción de inexistencia de motivación fraudulenta o evasiva. Así, reza el art.11.1 a) de la misma que: “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**”.

Es decir, en principio se requería la demostración de que la finalidad de las operaciones no constituyese fraude o evasión. No obstante, la única forma de probar que el objetivo de la reestructuración empresarial no es fraude o evasión, es mediante los motivos económicos válidos. Esto se debe a que, la motivación no fraudulenta o evasiva junto a la insuficiencia de motivos económicos válidos resultaba, sin embargo, en una operación falta de sustancia. Como ya se ha examinado *supra*, tales justificaciones no son aceptadas por la jurisprudencia y el régimen no podría aplicarse. En definitiva, la Directiva parece establecer la existencia de motivos económicos válidos como un requisito, más que una presunción de validez.

Además, debe tenerse en cuenta que la presunción de validez pueden interpretarse a *sensu contrario*, como así confirma el art. 108.1 de la LGT: "las presunciones establecidas por las normas tributarias pueden destruirse mediante prueba en contrario, excepto en los casos en que una norma con rango de ley expresamente lo prohíba". Por tanto, si el legislador español introdujese la existencia de motivos económicos válidos como una presunción de validez, la falta de los mismos podría interpretarse como presunción de fines de fraude o evasión. Es decir, estaría introduciendo un requisito disfrazado de presunción, ya que en este caso, la falta de motivos económicos válidos automáticamente deja sin sustancia a la operación (a pesar de que pueda existir o no motivación fraudulenta o evasiva), y en ningún caso es admitido por la jurisprudencia. Por estas razones, se entiende que corrigiendo a la directiva, **el art. 89.2 de la vigente LIS no categoriza los motivos económicos válidos como presunción, sino como un requisito necesario para el obligado tributario que pretende acogerse al régimen.** Dicho artículo establece que "en particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal".

Igualmente, cuestionamos si los motivos económicos válidos tienen encaje en la concepción de presunción legal que tiene nuestro ordenamiento. Así el art. 358.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, "LEC") indica que: "las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones, sólo serán admisibles, cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba". Las presunciones actúan como medio de valoración de la prueba, permitiendo considerar probado un hecho fundamental para la resolución de un litigio. En este caso, la presunción (los motivos económicos válidos) es la prueba en sí, no un medio que la facilite. De otro modo, la operación carece de sustancia económica.

Es más, el art. 16.2 de la Ley 29/1991⁹⁰ que trasponía la Directiva, y más tarde el art. 110.2 de la Ley 43/1995⁹¹, no hacían mención a los motivos económicos válidos como

⁹⁰ Art. 16.2 Ley 29/1991: "cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo Lº, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines 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".

presunción de validez o requisito necesario, ya que el caso de inaplicación tenía lugar cuando se probara que las operaciones se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal.

En este punto, la cuestión a plantear es la siguiente: ¿si el ordenamiento español no emplea los motivos económicos válidos como presunción sino como requisito, son éstos sinónimos de inexistencia de motivos de fraude o evasión? Como presunción el cumplimiento o no de motivos económicos válidos en principio no es definitivo para afirmar que el fin principal de una operación sea o no fraudulento. Como requisito, el cumplimiento de motivos económicos válidos es necesario para poder negar fines de fraude o evasión. Por tanto, la respuesta ha de ser afirmativa. Al tratar los motivos económicos válidos como requisito, el ordenamiento los equipara a una motivación no fraudulenta. De lo contrario, sería otro requisito más y tendrían que practicarse dos pruebas: (i) demostrar que el objetivo no es el fraude o la evasión; (ii) probar la existencia de motivos económicos válidos.

Asimismo, debe señalarse que **la jurisprudencia de forma reiterada categoriza los motivos económicos válidos como presunción de validez**. A modo ilustrativo, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 724/2013, de 24 de febrero de 2014. En ella se discute la constitucionalidad de la aplicación de la presunción con anterioridad a su recogimiento en una norma con rango de ley, es decir, su retroactividad; y su delimitación respecto a su interpretación y alcance.

En lo relativo a la carga de la prueba, encontramos cambios introducidos por el legislador y la jurisprudencia a lo largo del tiempo.

Tras la trasposición de la Directiva 90/434/CEE a nuestro Derecho, la carga de la prueba de motivos económicos válidos recaía en la Administración. Así, los citados artículos de la Ley 29/1991 (art. 16.2) y Ley 43/1995 (art.110.2), rezaban que la comprobación administrativa era la que debía probar si las operaciones de reestructuración se realizaban con fines de fraude o evasión fiscal. Sin embargo, no debe olvidarse que la indeterminación que ha acarreado este concepto desde su

⁹¹ Art. 110.2 Ley 43/1995: “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 105 sujetos pasivos”.

introducción en nuestro Derecho, ha conducido siempre a los contribuyentes a formular la correspondiente consulta con anterioridad a la ejecución de las operaciones de reestructuración. En cierto modo y ante tal inseguridad jurídica, se obligaba a los contribuyentes a que, a través de las consultas, expusiesen los motivos por los que se realizaba la reestructuración empresarial, teniendo que demostrar la sustancia económica suficiente de los mismos. De lo contrario, la consulta, por supuesto vinculante, sería rechazada. Así, en el caso de aplicación del régimen por parte de un contribuyente al que se le hubiese determinado mediante consulta su inaplicabilidad, la prueba posterior del litigio, que conforme a la ley recaía sobre la Administración, se reduciría a que ésta indicase que ya se pronunció en una consulta de carácter vinculante. Por tanto, queda en tela de juicio la eficacia de que la carga de la prueba sea de la Administración, ya que en la absoluta mayoría de los casos los contribuyentes formulan consultas previas y son ellos los que tendrán que elaborar la exposición de motivos. En este sentido, Pita Grandal y Aneiros Pereira⁹² afirman que “en la praxis administrativa, se ha pretendido que el contribuyente demuestre la certeza y realidad de los motivos que justifican el disfrute del diferimiento de impuesto”.

Es más, **la posterior legislación, en particular la Ley 14/2000, no indica quien es el responsable de la prueba**, sino que “en los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 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 la aplicación del régimen especial del presente Capítulo en éste y cualesquiera otros tributos”. Esto puede entenderse como que el legislador invirtió la carga de la prueba, incitando al contribuyente a realizar la consulta con carácter previo a la reestructuración. Por ello, se genera **una obligación intrínseca** de probar la existencia de motivos económicos válidos en la consulta. Posteriormente, la jurisprudencia confirmó que con la nueva redacción de la Ley 14/2000 “no hay duda de que la carga de la prueba corresponde al contribuyente. Así ha señalado esta Sala que incumbe a la sociedad escindida -y, por ende, a las recurrentes como sus sucesoras universales-, acreditar que la escisión se llevó a cabo por motivos económicos válidos, lo que exige

⁹² Pita Grandal, A.M. y Aneiros Pereira. *Op. cit.*

un esfuerzo, por mínimo que sea, [...] (Sentencia de 23-2-2011, dictada en recurso 60/2008, entre otras muchas)”⁹³.

Por otro lado, la Ley 27/2014, ya había eliminado de su redacción la inclusión de la mencionada obligación intrínseca del contribuyente. Establecía de nuevo que, **la comprobación administrativa determinaría la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial**. Es decir, la carga de la prueba la tiene la Administración tributaria.

No obstante, la jurisprudencia **plantea una distribución de la carga de la prueba diferente**, ya que el propio art. 105.1 de la LGT establece que “en los procedimientos de aplicación de los tributos, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo”.

En primer lugar, resulta relevante la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1815/2014, de 16 de marzo de 2016 y la jurisprudencia allí citada, en la que se establece que el contribuyente debe probar los hechos constitutivos del derecho que pretenda hacer valer, es decir, aquellos que confirmen la aplicación del régimen. Por otro lado, la Administración tendrá que probar la falta de motivo económico válido o la circunstancia que alegue por la que no se debe aplicar el régimen. Además, el contribuyente ha de colaborar con la Administración, ya que la prueba del hecho negativo implica una mayor dificultad. Asimismo, esta resolución pone de relieve la consideración generalizada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los motivos económicos válidos como prueba de presunciones: *“por consiguiente, de una parte, no basta con ampararse en afirmaciones no contrastadas y, de otra, como ha señalado reiterada jurisprudencia de esta Sala, la Administración puede utilizar, para justificar la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal, la prueba de presunciones, de manera que puede resultar acreditada la realización de la operación "principalmente por fines de fraude o evasión fiscal", habida cuenta de la inexistencia de motivos económicos en la misma. Y, en tal caso, incumbiría a la sociedad que pretende acogerse al régimen especial de fusiones desvirtuar la improcedencia de la conclusión presumida por no concurrir los requisitos exigidos para tal prueba o desvirtuar su resultado mediante la utilización de otros medios de prueba (Cfr. SSTs de 28 de junio de 2013, rec. de cas. 1186/2011 y 4 de julio de 2014, rec. de cas. 725/2012)”*.

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1218/2016, de 30 de mayo de 2016.

Tal resolución pone de relieve diferentes aspectos de la regulación tributaria: (i) el mencionado art. 105.1 de la LGT que obliga al contribuyente a probar lo que alegue; (ii) el principio inquisitivo, a través del cual la Administración tributaria es responsable del conocimiento de la verdad material; (iii) la facilidad probatoria, atribuyéndose la carga a la parte más próxima a las fuentes.

Estos componentes son examinados en la Resolución del TEAC, núm. 413/2019, de 9 de abril de 2019. Ésta menciona que el principio inquisitivo obliga a que la Administración acredite toda la verdad, incluso en aquello que resulte favorable para el obligado tributario, como consecuencia de la persecución del interés general y no el propio de recaudación. Además, dicha resolución menciona la concepción clásica que rige por el principio dispositivo. Es decir, cada parte ha de probar las circunstancias que le favorezcan: la Administración prueba la relación del hecho imponible y los elementos de cuantificación, y el contribuyente las circunstancias que dan lugar a la aplicación de un supuesto de beneficio fiscal. No obstante, esta concepción tiende a ser matizada, de forma que, la carga de la prueba se desplaza a la Administración por disponer de los medios necesarios. Es decir, se estaría indicando que la Administración tiene más facilidad para soportar la carga de la prueba. Al contrario, en lo relativo al régimen fiscal de neutralidad, existe una tendencia a asociar la facilidad probatoria al contribuyente. Esto se justifica de la siguiente manera:

- Como la finalidad de la prueba es la inexistencia de motivos económicos válidos (hecho negativo), resulta más complicada su prueba al que la pretende (la Administración). Por tanto, la carga de la prueba se desplaza al contribuyente

No obstante, esta misma lógica puede aplicarse de forma favorable para el contribuyente:

- Si la finalidad de la prueba es la inexistencia de fines fraudulento (hecho negativo), resulta más complicado la prueba para el que lo pretende (el contribuyente). Por tanto, la carga de la prueba debería desplazarse a la Administración.

Por ello, resulta lógico que la carga de la prueba la tenga la Administración tributaria, contando con la colaboración del obligado tributario (obligación regulada en los art. 93.1 de la LGT y el art. 31 de la CE). Si bien el contribuyente debe suministrar a la

Administración los datos necesarios, las exigencias en ningún caso deben ser desproporcionadas. En tal caso, el contribuyente quedaría colocado en una posición de indefensión. A este respecto, la Audiencia Nacional⁹⁴ señaló que *“da la impresión de que la Inspección no se habría visto satisfecha con ninguna de las explicaciones abrumadoramente ofrecidas por la sociedad recurrente a lo largo del procedimiento inspector, de la vía revisora obligatoria previa y de este proceso. La negativa a admitir la concurrencia de motivos económicos válidos en este asunto llega hasta la extravagancia, pues al margen de que el TEAC, en cuanto a este motivo, se limita al establecimiento de una especie de presunción iuris et de iure de fraude que no sólo no tiene apoyatura legal, tal como es formulada, sino que resiste cualquier intento de explicación, razonamiento o prueba intentada por el contribuyente”*.

En esencia, el TEAC, en su resolución núm. 36/2020, de 8 de octubre de 2019, resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirmó que **“el sujeto pasivo debe razonar la existencia de los motivos económicos válidos requeridos por la norma, así como acreditar el sustrato probatorio de los mismos, y la Administración haciendo uso de los medios probatorios que le ofrece el Derecho, deberá comprobar la procedencia o concurrencia de los mismos”**. Igualmente, concluye las siguientes afirmaciones en lo relativo a la carga de la prueba en el régimen especial:

- La carga de la prueba se distribuye entre: la sociedad que pretende la aplicación del régimen, que ha de probar los hechos constitutivos del derecho que alega; y la Administración, que ha de probar la carencia de motivo económico válido.
- La prueba de presunciones (inexistencia de motivos económicos válidos) puede ser empleada por la Administración para negar el acogimiento del régimen al obligado tributario. Asimismo, la resolución recuerda que, como ha reiterado el Tribunal Supremo⁹⁵, sería labor de la sociedad a la que se le niega el régimen desvirtuar la improcedencia de la conclusión presumida por no concurrir los requisitos exigidos para tal prueba o desvirtuar su resultado mediante la utilización de otros medios de prueba.
- *“Los motivos económicos válidos cuya concurrencia exige la norma deben observarse desde la perspectiva de las sociedades que intervienen en las*

⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, núm. 899-2011, de 16 de febrero de 2011.

⁹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo, núm. 1186/2011, de 28 de junio de 2013 y núm. 725/2012 de julio de 2014.

operaciones de fusión, escisión, canje de valores o aportaciones no dinerarias, y no desde la perspectiva de los socios". Esto es, las circunstancias a considerar son todas aquellas que tienen trascendencia sobre la reorganización empresarial, los aspectos que versen sobre la esfera particular de los socios son irrelevantes.

La valoración debe ser de carácter global, con la finalidad de que la aplicación del régimen responda los objetivos de la ley e impidiendo que la fiscalidad resulte un obstáculo en la toma de decisiones.

Finalmente, cabe mencionar en el presente apartado que, en la práctica administrativa existe una clara tendencia a actuar conforme a un principio de presunción de culpabilidad, desplazando el de inocencia y resultando en la exigencia de determinadas obligaciones y deberes originalmente propios de la Administración. De igual forma, téngase en consideración el grado de dificultad que acarrea la prueba de un concepto jurídico indeterminado. Por tanto, es latente la inseguridad jurídica que presenta el régimen. Además, la conciencia de la inseguridad es tal que, como se ha comentado *supra*, el propio legislador sugirió en diversas ocasiones la formulación de consultas a fin de que los contribuyentes estuvieran informados, sobre si sus operaciones de reestructuración tenían cabida en el régimen especial de neutralidad.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

Se ha expuesto que, el régimen de neutralidad fiscal es resultado de la combinación de múltiples doctrinas acogidas en la UE. Principalmente, éstas se originan en el Derecho anglosajón. No obstante, encontramos precedentes en el ordenamiento español, lo que puede ocasionar un colapso de conceptos.

De todo lo anterior, se deducen **las principales causas de la inseguridad del régimen**. Éstas son relevantes para la adopción de una fórmula eficaz que supere las dificultades que implica la cláusula anti abuso.

- En primer lugar, subrayamos **la falta de adaptación de conceptos al Derecho nacional dificultando su asimilación**, necesaria cuando no se da una evolución natural del marco jurídico en consonancia con una nueva realidad. Así, lo que en principio era regulado en nuestro país siguiendo los estándares de integridad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, pasa a regirse por el régimen especial, con apoyo en la jurisprudencia comunitaria. El ámbito tributario se veía complementado y acorde con el resto de materias, en especial, la mercantil y la civil. De forma que, cuando se incorporan estas teorías, realmente ya tenían cabida en nuestro Derecho⁹⁶ y parecen ser ignoradas por el legislador.
- La actual indeterminación del régimen no solo proviene de tal invasión del *Common Law*, sino del **contexto en el que se realizó**. Esto es, España presentaba un modelo de economía cerrada que en ningún caso, podía darse con carácter general. De modo que, la radical ruptura de regímenes provocó dudas sobre su aplicabilidad. El criterio que se exigía (el beneficio para la economía nacional con finalidad proteccionista) pasa a ser tremendamente amplio (los motivos económicos válidos cuya finalidad es la lucha contra el fraude) y con propósitos distintos. Tal falta de determinación, continua en la actualidad como se manifiesta con las innumerables consultas formuladas a diario por los contribuyentes.

Consecuencia del examen detallado de los motivos económicos válidos, se destacan dos ámbitos de acusada importancia. En ellos, la difícil interpretación de la cláusula anti abuso ha tenido un mayor impacto negativo. Así, se enumeran **los principales aspectos**

⁹⁶ Como por ejemplo, la teoría de la prevalencia de la sustancia sobre la forma, es análoga a teoría de la naturaleza jurídica de nuestro ordenamiento.

que requieren de clarificación, o bien por parte del legislador, o a través de una jurisprudencia sólida y uniforme.

- **La relación de la cláusula anti abuso con las figuras del fraude tributario y la simulación es inconsistente.** La jurisprudencia ha evolucionado en diferentes direcciones, de las cuales resulta difícil deducir un criterio. La diferenciación que realiza entre “objetivo el fraude o evasión fiscal” y “fraude de ley” parece que separa dos elementos: el ánimo de fraude y los hechos constitutivos del mismo. En tal caso, la inaplicación del régimen por la existencia de ánimo fraudulento, se manifestaría como una intrusión de la Administración y una amenaza al principio de autonomía de la voluntad. Es más, se estaría castigando con mayor severidad el *animus* que el supuesto fáctico. Además, si de forma adicional se realizara una evaluación independiente de los hechos, con el fin de observar si constituyen o no fraude, los mismos serían castigados dos veces: por fraude de ley (a lo que se suma los intereses de demora) e inaplicación del régimen fiscal (activación de la cláusula anti abuso y la correspondiente multa del art. 191 LGT). Por tanto, la distinción jurisprudencial que se realiza entre “tener como principal objetivo el fraude o evasión fiscal” y “fraude fiscal” no es compatible en nuestro ordenamiento.

Por otro lado, el Tribunal Supremo siguiendo la argumentación que rechaza la cláusula anti abuso como fraude de ley busca aproximarla a la simulación. Tal comparación no sorprende, ya que la citada *sham doctrine* ya planteaba dicha figura. No obstante, esto abre la posibilidad de imposición de sanciones ante la falta de motivos económicos válidos. Esta consecuencia es excesiva considerando la dificultad probatoria y de conocer los supuestos que abarca el régimen.

Sin embargo, con el tiempo las resoluciones tienden a negar la posibilidad de sancionar ya que la Directiva nada indica sobre las sanciones. Esto da a entender que, la propia jurisprudencia desconoce qué figura jurídica es la cláusula. Tras afirmar que se trataba de la simulación, se confirmó recientemente que en todo caso ésta implica la sanción. Por tanto, el peligro era evidente si se continuaba afirmando que la cláusula anti abuso trata la simulación, ya que ni en la Directiva ni en su trasposición se determinaba la posibilidad de sanciones, lo que pondría en tela de juicio el principio de legalidad. Ante tales eventos, el Tribunal

Supremo se aleja de sus anteriores razonamientos, y no afirmando que sea simulación, niega que pueda calificarse como fraude tributario. En esencia, se requiere clarificación inmediata, pues no solo los contribuyentes desconocen sobre qué supuesto recaen los hechos ante la falta de motivo económico válido, tampoco la Administración y los Tribunales.

- **La oscuridad relativa al concepto de motivos económicos válidos debe ser objeto de desarrollo.** Si bien es verdad que muchos supuestos ya han sido valorados mediante resoluciones, esta cláusula *numerus apertus* exige, no solo la ejemplificación de motivos económicos válidos mediante supuestos concretos, sino el establecimiento de criterios objetivos generales, sin caer en la ambigüedad. Toda cláusula abierta requiere de una fórmula jurídica que evite la arbitrariedad y el desconocimiento total. De forma que, se garantice la seguridad jurídica.
- Asimismo, debe destacarse **la cuestión relativa a la incongruencia entre clasificación de los motivos económicos válidos como presunción o requisito.** Como se ha estudiado, los motivos económicos válidos en la práctica actúan como prueba necesaria, no como medio probatorio que facilite la determinación de si el objetivo principal o uno de los principales es el fraude o evasión. No obstante, ello complica la prueba, tendente a recaer sobre el contribuyente. Ello se debe a que debe probarse: (1) que un determinado supuesto constituye un motivo económico válido; y (2) que los hechos alegados conforman tal supuesto.

Por otro lado, los principales problemas observados son, además del colapso con los principios del ordenamiento (especial hincapié en la seguridad jurídica), la **ineficacia del sistema**. Esto es, la indeterminación del concepto conduce a los obligados tributarios a formular consulta con anterioridad a ejecutar la operación de reestructuración. Por tanto, la carga de trabajo de la DGT se ha visto notablemente incrementada, lo que ralentiza su resolución. Si bien este régimen tiene como última finalidad no suponer un obstáculo en la toma de decisiones empresariales, la falta de agilidad puede ser un impedimento para aquellas operaciones que tan solo sean fructíferas en un momento determinado. Adicionalmente, se destaca la posición de indefensión y debilidad del contribuyente. Al riesgo inherente de la toma de decisiones empresariales, se suma una fiscalidad severa y confusa, consiguiendo un resultado

negativo en la estimulación de la economía. En esencia, **la neutralidad del régimen no ha sido alcanzada, pues se manifiesta como un freno para la economía.**

En suma, la actual regulación del régimen de diferimiento acarrea múltiples dificultades que se han evidenciado con la práctica del mismo, y no han sido solventadas por la jurisprudencia. Si bien una modificación en su regulación podría subsanar algunas incongruencias, por el momento, se requería una doctrina jurisprudencial sólida y uniforme.

CAPÍTULO VII: BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Código Civil.

Constitución Española.

Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE 25 de noviembre de 2009).

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 (DOUE 20 de agosto de 1990).

El Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (BOE 11 de julio de 2015).

Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 (*Public Law 111-152, Mar. 30, 2010, 111th Congress*).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

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

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

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

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 30 de diciembre de 1995).

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

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE de 3 de julio de 2010).

Revenue Act of 1928 (Public Law 562, May 29, 1928, 7th Congress).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

2. JURISPRUDENCIA

Auto del Tribunal Supremo, núm. 5886/2019, de 7 de febrero de 2020.

Diputación Foral de Bizkaia Instrucción, núm. 10/2005, de 7 de octubre de 2005.

Resolución del TEAC, núm. JT 1996-292, de 28 de febrero de 1996.

Resolución del TEAC, núm. 101/2009, de 18 de diciembre de 2008.

Resolución del TEAC, núm. 656/2007, de 25 de junio de 2009.

Resolución del TEAC, núm. 413/2019, de 9 de abril de 2019.

Resolución del TEAC, núm. 36/2020, de 8 de octubre de 2019.

Sentencia de la Audiencia Nacional, núm. JT 2007/1247, de 2 de julio de 2007.

Sentencia de la Audiencia Nacional, núm. 899-2011, de 16 de febrero de 2011.

Sentencia de Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 05-5111, de 12 de julio de 2006
(asunto Coltec Industries).

Sentencia de Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 16-1712, de 16 de febrero de 2017
(asunto Summa Holdings v. C.I.R.).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, núm. 2020/152648, de 15 de enero de 2020.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, núm. 2020/167960, de 24 de abril de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 15/1986, de 31 de enero de 1986.

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 46/2000, de 17 de febrero de 2000.

Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU., núm. 6262, de 25 de febrero de 1935 (asunto Bruce v. Helvering).

Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU., núm. 200 F.2d 852, de 8 de enero de 1953 (asunto May Broadcasting Co. v. EE.UU).

Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 83-7374, de 7 de marzo de 1984 (asunto Zuma v. C.I.R.).

Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 84.1246, de 1 de noviembre de 1984 (Rice's Toyota World Inc. V. C.I.R).

Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 87-702 y 87-7032, de 16 de diciembre de 1987 (Sochin v. C.I.R).

Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 982 D2d 163, de 21 de septiembre de 1992 (asunto Illes v. C.I.R).

Sentencia del Tribunal de Apelación de EE.UU, núm. 05-1015, de 2 de febrero de 2006 (Back & Decker Corporation v. EE.UU).

Sentencia del Tribunal de Delaware, núm. 199 A.2d 54, de 17 de marzo de 1964 (Cheff v. Mathes).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. 115/78, de 7 de febrero de 1979.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-28/95, de 17 de julio de 1997.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-212/97, de 9 de marzo de 1999.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-515/03, de 21 de julio de 2005.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-255/02, de 21 de febrero de 2006.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-196/04, de 12 de septiembre de 2006.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-321/05, de 5 de julio de 2007.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, núm. C-352/08, de 20 de mayo de 2010.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C 126/10, de 10 de noviembre de 2011.

Sentencia del Tribunal de Reclamaciones Federales de EE.UU., núm.01-072T, de 29 de octubre de 2004 (asunto Coltec Industries v. EE.UU).

Sentencia del Tribunal Fiscal de EE.UU., núm. 89 TC 986, de 23 de noviembre de 1987 (asunto Cherin v. C.IR).

Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU, núm. 293 U.S. 465, de 7 de enero de 1935 (asunto Gregory v. Helvering).

Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU, núm. 23, de 14 de noviembre de 1960 (asunto Knetsh v. EE.UU).

Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU., núm. 76-624, de 18 de abril de 1978 (asunto Frank Lyon Co. v. EE.UU).

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 9712/1997, de 2 de noviembre de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm.3217/07, de 5 de julio de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 2012/4911, de 8 de marzo de 2012.

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

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 3703/2009, de 3 de septiembre 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1186/2011, de 28 de junio de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 290/2011, de 16 de enero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 724/2013, de 24 de febrero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 725/2012, de julio de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 848/2012, de 13 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 887/2014, de 23 de febrero de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 414/2016, de 24 de febrero de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1815/2014, de 16 de marzo de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1218/2016, de 30 de mayo de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 211/2015, de 13 de diciembre de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 570/2019, de 25 de abril de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 904/2020, de 2 de julio de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 820/2021, de 22 de enero de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 135/2021, de 4 de febrero de 2021.

3. OBRAS DOCTRINALES

Arana Landín, S. “Operaciones simuladas en el marco de reestructuraciones empresariales” *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 22, 2006, pp. 1-14.

Calderón Carrero, J.M. y Ruiz Almendral, V. “La codificación de la doctrina de la sustancia económica en EE.UU. como nuevo modelo de norma general anti-abuso: la tendencia hacia el sustancialismo”, *Revista Quincena Fiscal*, n. 15-16, 2010, pp. 37-75.

Carrasquer Clari, M.L., *El problema del fraude a la ley en el Derecho Tributario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 46-47.

Compañ Parodi, T. *Las opciones tributarias e el ordenamiento español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 131-134.

Falcón y Tella, R. “Tratamiento fiscal de las fusiones posteriores a una adquisición apalancada (leveraged buyout): SAN 16 octubre 2013”, *Revista Quincena Fiscal*. n. 3, 2014, pp. 1-5.

- 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*, n.7, 2014, pp.45-59.
- García Berro, F. *Elusión Tributaria y cláusulas antiabuso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2018, pp. 330-333.
- García-Torres Fernández, M.J. “Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades”. *Revista Quincena Fiscal*. N.17, 2019, pp.1-30.
- Juárez González, J.M. “Fiscalidad de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *comp. Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 205-232.
- Lampreave Márquez, P. “Las doctrinas judiciales norteamericanas de anti-abuso fiscal (con especial consideración a la reciente codificación de la doctrina sobre la sustancia económica) y la doctrina sobre acuerdos artificiales aplicable en la Unión Europea”. *Revista Quincena Fiscal*, n. 21, 2011, pp. 87-133.
- Lois Estevez, J. “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”, *Anuario de filosofía del Derecho*, n. 4, 1956, pp. 159-182.
- López Tello, J. “La cláusula antiabuso del régimen fiscal de fusiones tras la Sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg Bv*”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 27, 2010, pp. 45-54.
- Martín López, J. “La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación”, *Revista española de Derecho Financiero*, n.157, pp. 1-31.
- Navarro Egea, M., *La neutralidad fiscal de las aportaciones de rama de actividad*, Aranzadi, 2016.

- Pita Grandal, A.M. y Aneiros Pereira, J. “La cláusula anti abuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica Tributaria*, n. 144, 2012, pp. 111-148.
- Pont Clemente, J.F., *La economía de opción*. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2006, pp. 14-16.
- Rodríguez Bereijo *et al*, “Declaración de Granada”, *Revista española de Derecho Financiero (Tribuna)*, Editorial Civitas, n. 179, 2018.
- Rodríguez-Ramos Ladaria, L., *Negocios anómalos y figuras afines en el Derecho Tributario. Infracciones administrativas y delito fiscal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 55.
- Ruiz Almendral, V. *El fraude a la ley tributaria a examen. (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 115.
- Salas Bernalte, F. “Las motivaciones fiscales en los negocios jurídicos: legalidad tributaria y control de la causa negocial”. *Revista Digital Facultad de Derecho (UNED)*, n.3, 2010, pp. 40-87.
- Sánchez Manzano, J.D. “La problemática valoración fiscal de las acciones o participaciones recibidas en contraprestación de la aportación de rama de actividad a la luz del principio de neutralidad en el marco del régimen especial de la reestructuración empresarial”. *Revista Quincena Fiscal*, n. 13, 2018, pp. 1-20.
- Tribuna de Opinión “Aplicación del régimen fiscal de las reestructuraciones empresariales”, *Fiscal & Laboral*. n. 82, 2018, pp. 82-89.
- Wood, R.W *et al* “Not your Father’s Step Transaction Doctrine”. *M&A Tax Report*, vol. 16, n. 5, 2007, p. 2.

4. RECURSOS DE INTERNET

Booth, R.A. “The Business Purpose Doctrine and the Limits of Equal Treatment in Corporation Law”, *SMU Law Review*, vol. 38, n.3, 1984 (disponible en <https://scholar.smu.edu/smulr/vol38/iss3/3>; última consulta 01/03/2021).

Cooley, Karen M. y Pulliam, D., “IRS, B&D Tool Up for Trial”, *Journal of Accountancy*, 2007, (disponible en <https://www.journalofaccountancy.com/issues/2007/may/irsbdtoolupfortrial.html>; última consulta 25/03/2021).

Fletche, J.F y Nielsen, R.E, “States Applying Tax Anti-abuse Doctrines to Transactional Taxes”. *Council on State Taxation* (disponible en: <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/0/109676.pdf>; última consulta 01/03/2021).

Freeman, J.B., “What is the Substance Over Form Doctrine?” *Freeman Law* (disponible en: <https://freemanlaw.com/substance-over-form-doctrine/>; última consulta 01/03/2021).