



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA FISCALIDAD DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN:  
LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS**

Autora: Inés Blanch Marín  
5º E-3 Analytics  
Derecho Tributario

Tutor: Cristino Fayos Cobos

Madrid

Abril de 2022

**RESUMEN:**

Para la creación de un mercado común europeo es necesario que existan empresas que presten sus servicios en distintos países. Para ello, las empresas necesitan adquirir un tamaño que les permita competir con solvencia a nivel internacional. En este sentido, las operaciones de reestructuración desempeñan un papel importante, porque, a través de ellas, las empresas pueden reorganizarse y operar con mayor eficiencia.

Para evitar que la realización de estas operaciones se viese desincentivada por un gran coste fiscal, se diseñó a nivel europeo el régimen de neutralidad fiscal. Este régimen, que fue transpuesto al ordenamiento jurídico español, permite el diferimiento de la tributación por las plusvalías que afloran en estas operaciones. Sin embargo, uno de los requisitos para su aplicación es que la operación se lleve a cabo por motivos económicos válidos, que supone el objeto de este trabajo.

**PALABRAS CLAVE:**

Motivos económicos válidos, operaciones de reestructuración, régimen de neutralidad fiscal, régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS, diferimiento, plusvalía, fraude fiscal, evasión fiscal.

**ABSTRACT:**

The creation of a common European market requires that companies provide services in different countries. To achieve this, companies need to reach a size that enables them to compete internationally in a solvent way. Restructuring operations play an important role to this respect, because they enable companies to reorganize themselves and to operate more efficiently.

In order to prevent these operations from being discouraged by a high tax cost, the tax neutrality regime was designed at an European level. This regime, which was transposed into the Spanish law, allows the deferral of taxation on capital gains arising from these transactions. However, one of the requirements for its application is that the operation is carried out for valid economic reasons, which is the subject of this paper.

**KEY WORDS:**

Valid economic reasons, restructuring operations, tax neutrality regime, special tax regime of Chapter VII of Title VII of the Tax Law, deferral, capital gains, tax fraud, tax evasion.

## ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.	6
<b>I. INTRODUCCIÓN.</b>	<b>7</b>
<b>II. ORIGEN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL Y MARCO NORMATIVO.</b>	<b>8</b>
<b>III. REQUISITOS GENERALES DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.</b>	<b>12</b>
1. INTRODUCCIÓN A LOS REQUISITOS PARA APLICAR EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.	12
2. DEFINICIÓN FISCAL DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN.	13
1.1. Fusión.	14
1.2. Escisión.	14
1.3. Aportación no dineraria y no dineraria especial de rama de actividad.	16
1.4. Canje de valores.	16
1.5. Cambio de domicilio social.	16
<b>IV. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL: LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS.</b>	<b>17</b>
1. ORIGEN Y RAZÓN DE SER.	17
2. EVOLUCIÓN EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.	19
3. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS COMO REQUISITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN: LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA.	22
3.1. Motivos económicos válidos aceptados en operaciones de fusión.	23
3.2. Motivos económicos válidos aceptados en operaciones de escisión.	23
3.3. Motivos económicos válidos aceptados en operaciones de aportación no dineraria de ramas de actividad.	24
3.4. Motivos económicos válidos aceptados en operaciones de canje de valores.	25

4.	LA NECESIDAD DE UNA VENTAJA FISCAL COMO REQUISITO DE INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN.	27
4.1.	El diferimiento de la tributación como ventaja fiscal.	28
4.2.	La compensación de bases imponibles negativas.	29
4.3.	La ventaja fiscal en operaciones concatenadas.	32
<b>V.</b>	<b>OTRAS CUESTIONES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.</b>	<b>37</b>
1.	DESLINDE CON EL ARTÍCULO 15 DE LA LGT Y EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL.	37
2.	LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.	39
<b>VI.</b>	<b>CONCLUSIONES.</b>	<b>40</b>
<b>VII.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>43</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.**

<b>A</b>	Auto
<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>DGT</b>	Dirección General de Tributos
<b>DOCE</b>	Diario Oficial de la Comunidad Europea
<b>DOUE</b>	Diario Oficial de la Unión Europea
<b>IRNR</b>	Impuesto sobre la Renta de los No Residentes
<b>IRPF</b>	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
<b>IS</b>	Impuesto sobre Sociedades
<b>LGT</b>	Ley General Tributaria
<b>LIS</b>	Ley del Impuesto sobre Sociedades
<b>LME</b>	Ley sobre Modificaciones Estructurales
<i>Op. Cit.</i>	<i>Opere Citato</i>
<b>S</b>	Sentencia
<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TJCE</b>	Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

## **I. INTRODUCCIÓN.**

Las operaciones de reestructuración se llevan a cabo por las empresas para adquirir eficiencia e incrementar su productividad. En el marco de estas operaciones es común que afloran plusvalías en los activos transmitidos que deben tributar conforme a la legislación establecida en cada Estado miembro<sup>1</sup>. En la mayoría de los casos, esto supone un gran coste fiscal que deben soportar las empresas que realizan este tipo de operaciones. Precisamente para evitar que este coste disuada de llevar a cabo estas operaciones, se estableció a nivel europeo el régimen de neutralidad fiscal objeto de este estudio.

Este régimen, como su propio nombre indica, tiene como objetivo que la fiscalidad adquiera un papel neutral en la toma de decisión de las empresas para reorganizarse. Este objetivo se lleva a cabo mediante el diferimiento de la tributación de las plusvalías que puedan aflorar en las operaciones de reestructuración. Se pretende, por lo tanto, que la fiscalidad queda relegada a un segundo plano y no suponga un freno para estas operaciones, pero tampoco un incentivo. Y por ello, entre los requisitos de aplicación del régimen se exige que la operación efectúe por motivos económicos válidos, que es el objeto de este trabajo.

El origen del régimen y su marco normativo a nivel europeo y nacional serán el punto de partida de este trabajo e integrarán el segundo apartado. Una vez introducidos, de manera general, en el tercer apartado, los requisitos de aplicación del régimen de neutralidad fiscal, profundizaremos en los motivos económicos válidos, el objeto de este trabajo.

Sobre ellos, se pretende conocer su origen y razón de ser y la evolución que han tenido en el derecho positivo español. A continuación, se quiere realizar un análisis de la interpretación administrativa sobre qué tipo de motivos pueden considerarse válidos para realizar operaciones de reestructuración. Asimismo, se pretende analizar la necesidad de la obtención de una ventaja fiscal e la operación como requisito para inaplicar el régimen de neutralidad. En concreto, nos vamos a centrar en el propio diferimiento de la

---

<sup>1</sup> En el ordenamiento jurídico español, estas normas se localizan en los artículos 17 a 20 de la LIS.

tributación que se obtiene de la aplicación del régimen, en la posibilidad de compensar bases imponibles negativa y en las ventajas obtenidas al realizar operaciones concatenadas.

Por último, se dedicará el quinto apartado a los requisitos formales para la denegación de aplicación del régimen. En particular, su deslinde con la figura de del conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la carga de la prueba.

## **II. ORIGEN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL Y MARCO NORMATIVO.**

El mercado único europeo es uno de los instrumentos de integración económica de la Unión Europea y consiste en establecer un mercado común entre los Estados miembros. Para que la creación del mercado único sea posible, es importante que las empresas sean grandes y puedan competir y prestar sus servicios en un plano internacional. En este sentido, las operaciones de reestructuración empresarial son necesarias para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, puesto que permiten que las empresas se reorganicen con la finalidad de aumentar su productividad y mantenerse competitivas.

A las operaciones de reestructuración les es de aplicación normativa fiscal regulada en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. En el caso del ordenamiento jurídico español, los artículos 17 a 20 de la LIS<sup>2</sup> recogen las reglas de valoración a las que se ven sometidas este tipo de operaciones. Estas normas establecen la inclusión en la base imponible de las rentas obtenidas por la diferencia entre el valor de mercado en la fecha de transmisión y el valor fiscal de adquisición de los elementos del patrimonio que forman parte de la operación de reestructuración. Es decir, establecen el deber de tributar por las plusvalías obtenidas por las entidades en este tipo de operaciones.

De esta forma, si se aplicasen las reglas de valoración del régimen general a una reestructuración empresarial, se incluirían las plusvalías latentes en la base imponible del

---

<sup>2</sup> Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en: «BOE» núm. 288, de 28/11/2014.



IS de la entidad o en la base imponible del IRPF de sus socios. Estas plusvalías pueden ser de una gran magnitud y, por tanto, implicar un gran coste fiscal que debe tenerse en cuenta a la hora de realizar la operación y que puede llegar a tener un efecto disuasorio.

Para evitar esa situación la entonces Comunidad Económica Europea consideró que estas operaciones, tan importantes para la consecución de un mercado interior europeo, no debían verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones que se derivasen de la normativa fiscal de los distintos Estados miembro<sup>3</sup>. Es decir, se buscaba impedir que la fiscalidad se convirtiese en la razón por la que estas operaciones de reestructuración no se llevasen a cabo. En este sentido, se juzgó que para alcanzar ese objetivo de no dificultar las operaciones de reestructuración empresariales era necesario implementar un régimen fiscal común<sup>4</sup>.

Para regular ese régimen fiscal común no se podía acudir al proceso de armonización fiscal del artículo 133 del TFUE<sup>5</sup>, puesto que está reservado para el ámbito de imposición indirecta. Por ello, la Comunidad Económica Europea inició un proceso de aproximación de legislaciones que está previsto en los artículos 114 y 115 del TFUE precisamente para resolver las situaciones en las que una divergencia entre la normativa de los Estados miembro falsee las condiciones de competencia en el mercado interior y pueda suponer un riesgo para este.

El fundamento del régimen fiscal común reside en que la fiscalidad no debe ser ni un freno ni un estímulo en la decisión de las empresas para reorganizarse o reestructurarse, sino que debe desempeñar un papel neutral, de forma que estas decisiones se tomen únicamente por motivos económicos y no fiscales. En palabras de la DGT:

---

<sup>3</sup> Así lo indica el considerando primero del preámbulo de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990.

<sup>4</sup> DE LA HUCHA CELADOR, F. *“Los motivos económicos válidos y el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores, cesiones globales del activo y del pasivo y cambio de domicilio social”*, Wolters Kluwer, Bitopus CISS, 2014, pp. 1-2.

<sup>5</sup> Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Publicado en: «DOUE», núm. C 326/47, de 26/010/2012.

*“El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral<sup>6</sup>”.*

Sin embargo, al mismo tiempo, se busca salvaguardar los intereses financieros del Estado miembro en el que tribute la sociedad que lleve a cabo la operación. Esto es, que el régimen no suponga un perjuicio para el Estado como podría serlo, por ejemplo, si se eliminase completamente la tributación por este tipo de operaciones.

Para lograr ambos objetivos, se ha establecido un régimen de diferimiento de la tributación de las plusvalías que pudieran ponerse de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en un Estado miembro de bienes y derechos en él situados en las operaciones de reestructuración. De esta forma, al transmitir estos bienes y derechos se conservan los valores fiscales y las fechas de adquisición que tenían dichos elementos en la entidad transmitente antes de producirse la operación. Es decir, no se actualiza su valor al valor de mercado como debería hacerse de ser de aplicación el régimen general. Al no actualizar su valor, no se produce ninguna plusvalía por la que se deba tributar.

Con este régimen se permite evitar la tributación de las plusvalías correspondientes en el momento de la operación de reestructuración, a la vez que se garantiza su gravamen posterior por el Estado miembro. Es decir, se anula el efecto del coste tributario en la toma de la decisión empresarial sin mermar la capacidad recaudatoria del impuesto<sup>7</sup>. De esta forma, se consigue que la fiscalidad deje de ser un elemento que pueda impedir la

---

<sup>6</sup> Consulta vinculante de la DGT de 15 de abril de 2021 (núm. V0931-21).

<sup>7</sup> CHECA GONZÁLEZ, C. “Los «motivos económicos válidos» que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea”, Quincena Fiscal Aranzadi, núm. 1, 2009, p. 2.

realización de las operaciones de reestructuración, puesto que, al aplicar este régimen, la fiscalidad adquiere un papel neutral.

A tal efecto, se aprobó y publicó la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, sobre el régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores<sup>8</sup>. Esta directiva fue la que introdujo por primera vez el régimen de neutralidad fiscal para las operaciones de reestructuración. Posteriormente, la norma comunitaria fue modificada por la Directiva 2005/19/CE, del Consejo, de 17 de febrero de 2005<sup>9</sup>, que, finalmente, fue derogada y sustituida por la vigente Directiva 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre<sup>10</sup>.

Uno de los principales motivos que llevaron a la modificación de la Directiva 90/434/CEE fue que esta solo era aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial realizadas entre entidades de distintos Estados miembro. Las operaciones que realizaban sociedades dentro de un mismo Estado quedaban penalizadas por no serles de aplicación el régimen establecido en la Directiva ya que, por tanto, debían tributar por las plusvalías obtenidas en la operación. De esta forma, se estimó necesario extender el ámbito de aplicación del régimen de neutralidad también a las operaciones realizadas entre dos empresas residentes en un mismo Estado miembro<sup>11</sup>. Asimismo, se amplió el alcance del régimen

---

<sup>8</sup> Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro. Publicado en: «DOCE» núm. L 225/1, de 20/08/1990.

<sup>9</sup> Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. Publicado en: «DOUE» núm. L 58/19, de 04/03/2005.

<sup>10</sup> 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 Sociedad Anónima Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro. Publicado en: «DOUE» núm. L 310/34, de 25/11/2009.

<sup>11</sup> Así lo indica el considerando tercero del preámbulo de la Directiva 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre.

fiscal especial para incluir el traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro de las Sociedades Europeas y Sociedades Cooperativas Europeas.

Estas directivas han sido transpuestas al ordenamiento jurídico español y se ha integrado como régimen especial en la LIS, en particular, en el Capítulo VII del Título VII (artículos 76 a 89). Las operaciones de reestructuración se regulan, asimismo, en la LME<sup>12</sup> que unificó y amplió el régimen jurídico de las modificaciones estructurales, que son aquellas que producen alteraciones de la sociedad que no se limitan a las estatutarias y que afectan a la estructura patrimonial o personal de la sociedad.

Por tanto, a las operaciones de reestructuración empresarial les es de aplicación tanto la normativa mercantil contenida en la LME como la normativa fiscal regulada en la LIS. En ambas normas se incluyen las definiciones y los requisitos con los que deben cumplir. Sin embargo, la regulación fiscal y mercantil no son totalmente coincidentes, puesto que, como se analizará en el siguiente apartado, existen matices que las diferencian. Para poder aplicar el régimen de neutralidad fiscal a una operación, es necesario, previamente, analizar si la operación encaja en las definiciones legales fiscales y mercantiles<sup>13</sup>.

### **III. REQUISITOS GENERALES DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.**

#### **1. INTRODUCCIÓN A LOS REQUISITOS PARA APLICAR EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.**

La aplicación del régimen de neutralidad fiscal descansa en dos pilares: una serie de presupuestos objetivos y un elemento adicional. Con el primero de ellos nos referimos a que las operaciones de reestructuración encajen en los tipos previstos por el legislador en el artículo 76 de la LIS; y con el segundo, a que la operación se efectúe por motivos económicos válidos y no con un objetivo de evasión o fraude fiscal.

---

<sup>12</sup> Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Publicado en: «BOE» núm. 82, de 04/04/2009.

<sup>13</sup> SALTO GUGLIERI, J. y ROMERO DE LA VEGA, A. “*Manual de operaciones de reestructuración empresarial*”, Editorial CISS, Madrid, 2010, p. 105.

Este último requisito es el objeto de estudio de este trabajo. Sin embargo, como se analizará en apartados posteriores, los motivos económicos que se consideran válidos dependen del tipo de operación que se realice. Por esta razón, aunque los tipos de operaciones de reestructuración no entran dentro del objetivo de este trabajo, nos parece relevante hacer una enumeración y una breve descripción de ellos.

## 2. DEFINICIÓN FISCAL DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN.

Antes de proceder al breve análisis de los tipos de operaciones de reestructuración de la LIS, es importante recordar que no todas las operaciones reguladas en la LME tienen encaje en la LIS. Por lo tanto, no todas las operaciones de reestructuración, definidas así desde un punto de vista mercantil, van a poder aplicar el régimen de neutralidad fiscal y aprovechar sus ventajas. Este es el caso, por ejemplo, de las cesiones globales de activos y pasivos, reguladas en el artículo 81 de la LME para las que la DGT<sup>14</sup> ha determinado no pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal por no cumplir con los requisitos para ello. En su razonamiento, la DGT se basa en que en las cesiones globales de activos y pasivos se produce una extinción con liquidación de la sociedad cedente y que el régimen de neutralidad fiscal exige una extinción sin liquidación de la entidad.

También se da el caso contrario, en el que la DGT<sup>15</sup> sí permite la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a una operación mercantil no definida en la LIS, como, por ejemplo, las fusiones gemelares, que se producen entre sociedades íntegramente participadas por el mismo socio.

Como se ha indicado, la LIS regula en su artículo 76 las operaciones de reestructuración o reorganización empresarial que pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal. Dichas operaciones son la fusión, la escisión, la aportación no dineraria de ramas de actividad, el canje de valores y el cambio de domicilio social. A continuación, se va a analizar brevemente qué se entiende por cada una de estas operaciones.

---

<sup>14</sup> Consulta vinculante de la DGT de 12 de febrero de 2015 (número V0566-15).

<sup>15</sup> Consulta vinculante de la DGT de 17 de marzo de 2016 (número V1085-16).

### **1.1. Fusión.**

Las operaciones de fusión obtienen como resultado una concentración del patrimonio de distintas sociedades en una sola. La normativa fiscal distingue tres tipos de fusión:

- La fusión por absorción, que consiste en una transmisión a título universal de todo el patrimonio de una entidad, la transmitente, a otra, la adquirente, de forma que la sociedad transmitente se extingue y se disuelve sin liquidación.
- La fusión por creación de una nueva entidad, en la que al menos dos entidades transmiten su patrimonio en bloque y se extinguen, recibiendo los socios de las entidades transmitentes participaciones de la nueva entidad.
- La fusión impropia en la que la entidad adquirente del conjunto del patrimonio social es posee la totalidad del capital social de la entidad transmitente. Por ese motivo, es innecesario llevar a cabo una ampliación de capital por parte de la sociedad absorbente y una atribución de participaciones a los socios de la sociedad transmitente.

### **1.2. Escisión.**

Las operaciones de escisión permiten la segregación del patrimonio de las sociedades. En la LIS se regula el concepto de escisión distinguiendo tres tipos distintos:

- La escisión total, en la que se extingue una sociedad tras la división de todo su patrimonio en al menos dos partes que se transmiten en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o ya existente. Asimismo, se exige que los socios de la sociedad escindida reciban, de forma proporcional a su participación en la misma, un número de participaciones en las sociedades beneficiarias. En el caso de que no se respete la regla de proporcionalidad, las partes en las que se escinda el patrimonio social deben conformar ramas de actividad.
- La escisión parcial, en la que se segregan una o varias partes del patrimonio de una sociedad que forman ramas de actividad y se transmiten en bloque a entidades de nueva creación o ya existentes. A cambio, los socios de la entidad transmitente reciben participaciones en el capital social de la entidad adquirente de forma proporcional a

su participación en la entidad transmitente. Se exige, asimismo, que la entidad transmitente mantenga en su patrimonio al menos una rama de actividad o participaciones en otras entidades que le otorguen la mayoría de su capital social.

- La escisión financiera, en la que se segregan participaciones en el capital de otras entidades que confieren la mayoría del capital social de ellas y se transmiten en bloque a entidades de nueva creación o ya existentes. A cambio, recibe valores representativos del capital social de las entidades adquirentes.

Como se ha indicado, a diferencia de la normativa mercantil (que se basa en el concepto de la unidad económica), la normativa fiscal hace referencia al concepto de rama de actividad. La rama de actividad consiste en un conjunto de elementos patrimoniales que sea susceptible de constituir una unidad económica autónoma que determine una explotación económica<sup>16</sup>. La autonomía de la rama de actividad debe estar justificada por la diferente naturaleza de las actividades desarrolladas o por el destino y naturaleza de los elementos patrimoniales, que deben requerir de una organización separada con un modelo de gestión diferenciado<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> En relación con esta definición, la DGT ha establecido una doctrina consolidada que establece que el concepto de rama de actividad hace remisión a un conjunto patrimonial que constituye una unidad económica y permite, por sí mismo, el desarrollo de una explotación económica en la empresa adquirente. También ha señalado que el concepto de rama de actividad incluye una exigencia implícita que consiste en que la actividad económica que será desarrollada por la entidad adquirente debe existir de forma previa en la entidad transmitente, de tal forma que se pueda identificar un conjunto patrimonial destinado a la misma. Nos basamos, entre otras, en las consultas vinculantes de la DGT de 29 de julio de 2021 (núm. V2157-21), de 15 de abril de 2021 (núm. V0931-21) y de 13 de abril de 2021 (núm. V0874-21).

<sup>17</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 20 de abril de 2021 (núm. V0987-21), de 15 de abril de 2021 (núm. V0929-21) y de 22 de febrero de 2021 (núm. V0319-21).

### **1.3. Aportación no dineraria y no dineraria especial de rama de actividad.**

Las operaciones de aportación no dineraria de rama de actividad se definen como aquellas operaciones en las que una entidad aporta a otra de nueva creación o ya existente una o más ramas de actividad<sup>18</sup>. Tras realizar la operación, la entidad transmitente no se disuelve y recibe a cambio participaciones sociales de la entidad adquirente.

Sin embargo, el hecho de que el patrimonio transmitido no suponga una rama de actividad no determina la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal, ya que puede efectuarse una aportación no dineraria especial, que está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos.

### **1.4. Canje de valores.**

La operación de canje de valores se regula como aquella en la que una entidad (entidad dominante) adquiere participaciones de otra entidad (entidad dominada) de forma que obtiene la mayoría de los derechos de voto en ella. A cambio, la entidad dominante atribuye a los socios de la entidad dominada participaciones de su capital social.

Asimismo, se matiza que, si la entidad dominante ya contase con la mayoría de los derechos de voto en la sociedad dominada con carácter previo a la operación de canje de valores, para poder acogerse al régimen fiscal especial la entidad dominante deberá adquirir una mayor participación.

### **1.5. Cambio de domicilio social.**

La LIS prevé la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal a las operaciones en las que una Sociedad Europea o Sociedad Cooperativa Europea traslade su domicilio social de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, a pesar de que no se produzca una transmisión de derechos o bienes. En particular, se prevé su aplicación sobre los

---

<sup>18</sup> El concepto fiscal de rama de actividad que se aplica en este tipo de operaciones es el mismo que el de las operaciones de escisión, como indican, entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 20 de agosto de 2021 (núm. V2367-21), de 29 de abril de 2021 (núm. V1150-21) y de 25 de marzo de 2021 (núm. V0707-21)



bienes y derechos que se encuentren en territorio español y que, tras la operación, queden afectados a un establecimiento permanente en España.

#### **IV. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL: LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS.**

Además de cumplir con los requisitos establecidos en las definiciones fiscal y mercantil, para poder aplicar el régimen de neutralidad fiscal y diferir la tributación de las plusvalías que afloran con la realización de la operación, esta debe llevarse a cabo por motivos económicos válidos.

##### **1. ORIGEN Y RAZÓN DE SER.**

La finalidad con la que se ideó el régimen fiscal especial fue dotar de neutralidad fiscal a las operaciones de reestructuración para no perjudicar el objetivo de la consecución de un mercado interior europeo. En este sentido, el régimen pierde su sentido si no hay una motivación económica detrás de estas operaciones. Por ello, la Directiva 90/434/CEE incluyó la siguiente cláusula en su artículo 11:

*“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, 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”.*

El objetivo que se persigue con la exigencia de motivos económicos válidos para poder aplicar el régimen de neutralidad fiscal es obligar al contribuyente a justificar que la operación de reestructuración y la decisión empresarial que ha llevado a ella se basan en

intereses económicos distintos al aspecto fiscal de la operación. Es decir, los motivos económicos válidos se utilizan como una medida antifraude con dos vertientes. Por un lado, para evitar que se produzca una evasión o fraude fiscal, es decir, una erosión de bases imponibles mediante la simulación de negocios jurídicos. Por otro lado, para asegurar que la regla especial de diferimiento de la tributación de las plusvalías se aplica cumpliendo con los fines concretos para los que fue concebida, esto es, que no suponga un freno ni un estímulo a las operaciones de reestructuración<sup>19</sup>.

De la redacción del artículo se desprende que son los Estados miembros los que deben decidir al transponer la Directiva si consideran que la falta de motivos económicos válidos implica que la operación se ha llevado a cabo con la finalidad de fraude o evasión fiscal. Así, cabe plantearse si la exigencia de motivos económicos válidos consiste en una cláusula antiabuso o si se trata de un requisito adicional del elemento de fraude o evasión fiscal.

A estos efectos, resulta particularmente relevante la sentencia del TJCE, Asunto C-28/95, *Leur-Bloem*, de 17 de julio de 1997<sup>20</sup>. En esta sentencia el TJCE resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por la Corte de Justicia en *Ámsterdam (Gerechtshof te Amsterdam)* sobre una operación de canje de valores. Entre ellas, se preguntó si constituía un motivo económico válido para el canje de valores el hecho de que, tras la operación, se lograra una compensación de pérdidas entre las sociedades participantes.

El TJCE estableció que, si con la operación solo se persiguiese el objetivo fiscal de compensar pérdidas, este no podría constituir un motivo económico válido. Esto se debe a que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la búsqueda de una ventaja fiscal. En este sentido, indicó que la Directiva debe interpretarse de tal forma de que las autoridades nacionales competentes deben realizar un examen global y detallado

---

<sup>19</sup> GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J. “*Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades*”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 17, 2019.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C-28/95 (*A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*), de 17 julio de 1997.

de la operación, caso por caso, para determinar si persigue el fraude o la evasión fiscal. El TJCE aclaró que dicho análisis es susceptible de control jurisdiccional. Los Estados miembros pueden adoptar la presunción de que la falta de motivos económicos válidos indica que la operación se realiza con tales fines. Sin embargo, no se puede realizar una inaplicación automática del régimen de neutralidad fiscal mediante una norma de alcance general, puesto que va en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva.

En conclusión, el TJCE determinó que era necesario evaluar si en la operación planteada se ha producido o no efectivamente la evasión o fraude fiscal. Para ello, no puede hacerse uso de criterios predeterminados, sino que debe realizarse un análisis individualizado de la operación, es decir, un examen caso por caso. Y, en este sentido, la ausencia de motivos económicos válidos puede indicar que en la operación que se está llevando a cabo se está produciendo una situación de fraude fiscal<sup>21</sup>.

En otras sentencias que se analizarán posteriormente el TJUE ha concluido que para determinar si procede la aplicación del régimen de neutralidad fiscal hay que atender al conjunto de la operación y valorar si prevalecen los motivos económicos válidos sobre la ventaja fiscal que se adquiere.

## 2. EVOLUCIÓN EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.

El régimen de neutralidad fiscal establecido a nivel europeo fue transpuesto al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 29/1991<sup>22</sup> y, en concreto, su artículo 16 estableció:

*“Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1.º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la*

---

<sup>21</sup> GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J. *“Motivos económicos válidos...”, op. cit.*

<sup>22</sup> Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. Publicado en: «BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 1991.

*Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora”.*

En ese régimen, la pérdida del derecho al régimen fiscal especial se producía en el caso de que la Administración probase que la operación se realizó principalmente con fines de fraude o evasión fiscal. Sin embargo, no se incluyó ninguna referencia a que la falta de motivos económicos válidos en la operación supusiese la presunción de que dichos fines concurrían en la operación.

No obstante, cuando entró en vigor la Ley 14/2000<sup>23</sup>, este artículo sufrió un cambio de redacción y se añadió la cláusula referente a la inaplicación del régimen en el caso de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos:

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

El TS, en la sentencia de 25 de mayo de 2012<sup>24</sup> estableció que, a pesar de que la norma no realizase una referencia expresa a que la falta de motivos económicos válidos en una operación se tratase de una presunción de fraude o evasión fiscal, de acuerdo con la Directiva debía otorgarse tal naturaleza presuntiva y, por lo tanto, llevarse a cabo un examen pormenorizado de cada caso para determinar si la ausencia de motivos económicos válidos permitía concluir que concurría un objetivo de fraude o evasión fiscal y denegar la aplicación del régimen fiscal especial.

---

<sup>23</sup> Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Publicado en: «BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 2000.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación n.º 3944/2009, de 25 de mayo de 2012.

Asimismo, el TS, en su sentencia<sup>25</sup> de 12 de noviembre de 2012, indicó que, aunque la alusión expresa a la exigencia de motivos económicos válidos no se incorporase en el ordenamiento jurídico español hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2000, se trataba de un criterio interpretativo establecido en la Directiva y en la jurisprudencia europea al que se podía acudir con anterioridad. En este sentido, la sentencia del TS de 16 de mayo<sup>26</sup> de 2013 confirmó que con la modificación se incorporó un requisito estructural, el de que la operación tuviese su fundamento en motivos económicos válidos, pero que dicho requisito, aunque antes no era expreso, ya se requería conforme al espíritu de la Directiva. Por lo tanto, el TS concluyó que no se trata de un cambio tan significativo.

La redacción establecida en la Ley 14/2000 es la que se recogió en el artículo 96.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades<sup>27</sup>. Y se encuentra vigente en el artículo 89.2 de la LIS.

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

De la redacción de la cláusula en el ordenamiento jurídico español parece que es la búsqueda de una ventaja fiscal lo que produce la situación elusiva. Por este motivo, la ausencia de motivos económicos válidos, por sí misma, no puede determinar que la operación se esté llevando a cabo de manera fraudulenta o evasiva. Únicamente implica

---

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación n.º 42/2010, de 12 de noviembre de 2012.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación n.º 5683/2011, de 16 de mayo de 2013.

<sup>27</sup> Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en: «BOE» núm. 61, de 11/03/2004.

la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la operación, pero no su realización<sup>28</sup>. Se trata, por tanto, de una cláusula antiabuso.

### 3. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS COMO REQUISITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN: LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA.

En cuanto al concepto de motivos económicos válidos, la Directiva no los define, sino que alude de forma ejemplificativa a la reestructuración o la racionalización de las actividades societarias. Tampoco se ha incluido una definición en el ordenamiento jurídico español, ni en la actual LIS ni en sus versiones anteriores. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico indeterminado.

Consecuentemente, su delimitación a nivel europeo se ha realizado a través de la jurisprudencia del TJCE y del actual TJUE. A nivel nacional, el concepto de motivos económicos válidos ha sido construido casuísticamente por la jurisprudencia y la doctrina administrativa, al ir determinando, desarrollando y acotando qué podía entenderse como tales. Por lo general, si la operación tiene un fundamento económico razonable, queda validada y se permite la aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal.

De esta manera, para afirmar que la operación llevada a cabo se fundamenta en motivos económicos válidos deben poder determinarse necesidades reales, económicas o jurídicas para llevarla a cabo. Como es de suponer, los motivos económicos válidos tienen, por tanto, un carácter indeterminado puesto que dependen de la actividad empresarial concreta, lo que, a su vez, implica que sean de difícil concreción. Hay que destacar que la consecución de un ahorro fiscal no se considera como una necesidad real a estos efectos<sup>29</sup>.

A continuación, se van a exponer, a título ejemplificativo, algunos de los motivos económicos que la DGT ha considerado como válidos recientemente.

---

<sup>28</sup> MARÍN BENÍTEZ, G. *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 351-352.

<sup>29</sup> GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J. *“Motivos económicos válidos...”, op. cit.*

### **3.1. Motivos económicos válidos aceptados en operaciones de fusión.**

- Simplificar la estructura del grupo empresarial<sup>30</sup>.
- Unificar y centralizar el servicio para obtener una gestión más eficaz y la agilización en la toma de decisiones<sup>31</sup>.
- Permitir el fortalecimiento de la entidad absorbente en el sector a través de la mejora de la capacidad comercial, administrativa y de negociación frente a terceros<sup>32</sup>.
- Reducir las operaciones vinculadas dentro del grupo<sup>33</sup>.
- Evitar duplicidades a nivel administrativo, fiscal, de gestión y mercantil y, por ende, lograr una reducción de costes<sup>34</sup>.
- Incrementar la solvencia y capacidad financiera de la entidad resultante y optimizar los recursos financieros<sup>35</sup>.

### **3.2. Motivos económicos válidos aceptados en operaciones de escisión.**

---

<sup>30</sup> Entre otras, consultas vinculantes de la DGT de 12 de abril de 2021 (núm. V0844-21), de 27 de abril de 2021 (núm. V1097-21), de 4 de febrero de 2021 (núm. V0178-21), de 22 de febrero de 2021 (núm. V0317-21) y de 23 de junio de 2021 (núm. V1980-21).

<sup>31</sup> Entre otras, consultas vinculantes de la DGT de 4 de febrero de 2021 (núm. V0178-21), de 5 de enero de 2020 (núm. V3290-20), de 6 de julio de 2021 (núm. V2015-21), de 2 de febrero de 2021 (núm. V0151-21) y de 8 de marzo de 2021 (núm. V0514-21).

<sup>32</sup> Entre otras, consultas vinculantes de la DGT de 11 de noviembre de 2021 (núm. V2764-21), de 11 de noviembre de 2021 (núm. V2763-21), de 8 de marzo de 2021 (núm. V0514-21) y de 10 de marzo de 2021 (núm. V0549-21).

<sup>33</sup> Entre otras, consultas vinculantes de la DGT de 12 de abril de 2021 (núm. V0844-21), de 22 de febrero de 2021 (núm. V0317-21) y de 4 de marzo de 2021 (núm. V0472-21).

<sup>34</sup> Entre otras, consultas vinculantes de la DGT de 27 de abril de 2021 (núm. V1097-21), de 4 de febrero de 2021 (núm. V0178-21), de 18 de agosto de 2021 (núm. V2328-21), de 8 de marzo de 2021 (núm. V0514-21) y de 4 de febrero de 2021 (núm. V0178-21).

<sup>35</sup> Entre otras, consultas vinculantes de la DGT de 27 de abril de 2021 (núm. V1097-21), de 12 de abril de 2021 (núm. V0844-21), de 6 de julio de 2021 (núm. V2015-21), de 23 de junio de 2021 (núm. V1980-21) y de 13 de mayo de 2021 (núm. V1376-21).

- Mejorar la toma de decisiones y el control y seguimiento de cada una de las actividades realizadas mediante una estructura de gestión descentralizada y políticas comerciales independientes<sup>36</sup>.
- Separar los riesgos empresariales de las distintas actividades de tal forma que este sea únicamente asumido con el patrimonio empresarial afecto a cada actividad<sup>37</sup>.
- Mejorar la gestión del patrimonio y racionalizar los recursos disponibles<sup>38</sup>.
- Diferenciar la imagen de cada una de las actividades para permitir la entrada de nuevos socios o inversores en cada una de ellas<sup>39</sup>.

### **3.3. Motivos económicos válidos aceptados en operaciones de aportación no dineraria de ramas de actividad.**

- Separar los riesgos inherentes a una de las actividades llevadas a cabo por la entidad transmitente para que, respecto de las eventuales responsabilidades que pudieran surgir en el desarrollo de la misma, respondan únicamente los activos que se encuentren afectos a ella. Así como aislar la actividad económica para que el patrimonio de las personas físicas no se vea vinculado al riesgo de la misma<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 2 de marzo de 2021 (núm. V0435-21), de 15 de abril de 2021 (núm. V0931-21), de 13 de abril de 2021 (núm. V0874-21), de 24 de junio de 2021 (núm. V1999-21) y de 22 de febrero de 2021 (núm. V0319-21).

<sup>37</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 13 de abril de 2021 (núm. V0874-21), de 15 de abril de 2021 (núm. V0931-21), de 2 de marzo de 2021 (núm. V0435-21), de 29 de julio de 2021 (núm. V2159-21) y de 24 de junio de 2021 (núm. V1999-21).

<sup>38</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 4 de marzo de 2021 (núm. V0466-21), de 15 de abril de 2021 (núm. V0931-21), de 15 de abril de 2021 (núm. V0929-21) y de 3 de noviembre de 2021 (núm. V2655-21).

<sup>39</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 15 de abril de 2021 (núm. V0931-21), de 29 de julio de 2021 (núm. V2159-21), de 24 de junio de 2021 (núm. V1999-21), de 22 de febrero de 2021 (núm. V0319-21) y de 20 de abril de 2021 (núm. V0986-21).

<sup>40</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 20 de agosto de 2021 (núm. V2367-21), de 29 de abril de 2021 (núm. V1150-21), de 16 de marzo de 2021 (núm. V0620-21) y de 2 de marzo de 2021 (núm. V0437-21).



- Lograr una gestión independiente más eficiente, especializada y profesional de las distintas actividades económicas<sup>41</sup>.
- Obtener una estructura eficiente que permita llevar a cabo nuevas inversiones y diversificar las nuevas oportunidades de negocio<sup>42</sup>.

### **3.4. Motivos económicos válidos aceptados en operaciones de canje de valores.**

- Centralizar la gestión y la toma de decisiones del grupo para optimizar su dirección y administración<sup>43</sup>.
- Mejorar la capacidad comercial, de administración y de negociación con terceros<sup>44</sup>.
- Acometer futuras inversiones y diversificar los servicios mediante una política de gestión única<sup>45</sup>.

Estos motivos han sido aceptados por la DGT en las consultas vinculantes que, de acuerdo con los artículos 88 y 89 de la LGT<sup>46</sup>, los contribuyentes pueden formularle. En principio, la contestación a estas consultas tributarias es vinculante para los órganos y entidades de la Administración tributaria en su relación con el consultante. Asimismo, siempre que exista identidad en los hechos y circunstancias, los órganos de la

---

<sup>41</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 20 de agosto de 2021 (núm. V2367-21), de 16 de marzo de 2021 (núm. V0620-21) y de 23 de febrero de 2021 (núm. V0326-21).

<sup>42</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 29 de abril de 2021 (núm. V1150-21), de 20 de agosto de 2021 (núm. V2367-21), de 16 de marzo de 2021 (núm. V0620-21), de 2 de marzo de 2021 (núm. V0437-21) y de 23 de febrero de 2021 (núm. V0326-21).

<sup>43</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 10 de marzo de 2021 (núm. V0549-21), de 20 de mayo de 2021 (núm. V1485-21), de 6 de abril de 2021 (núm. V0792-21) y de 17 de junio de 2021 (núm. V1899-21).

<sup>44</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 10 de marzo de 2021 (núm. V0549-21), de 6 de abril de 2021 (núm. V0792-21), de 6 de abril de 2021 (núm. V0794-21), de 17 de junio de 2021 (núm. V1899-21) y de 15 de noviembre de 2021 (núm. V2805-21).

<sup>45</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 6 de abril de 2021 (núm. V0792-21), de 20 de mayo de 2021 (núm. V1485-21), de 6 de abril de 2021 (núm. V0794-21), de 12 de mayo de 2021 (núm. V1351-21) y de 15 de noviembre de 2021 (núm. V2805-21).

<sup>46</sup> Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Publicado en: BOE» núm. 302, de 18/12/2003.

Administración tributaria deben aplicar los criterios establecidos en las consultas de cualquier obligado tributario.

Así pues, resulta una práctica común que los contribuyentes, antes de realizar una operación de reestructuración, planteen una consulta vinculante a la Administración para validar los motivos económicos en los que se fundamenta la misma y, por ende, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. Sin embargo, en las consultas recientes se incluye al final de las mismas un párrafo que resta virtualidad a su carácter vinculante y que desvincula a la DGT de la respuesta proporcionada. Un ejemplo de este párrafo desvinculante es:

*“La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por la consultante, sin tener en cuenta otros hechos y circunstancias no mencionados, que pudieran tener relevancia en la determinación del propósito principal de la operación proyectada, de tal modo que podría alterar el juicio de la misma, lo que podrá ser objeto de comprobación administrativa a la vista de la totalidad de los hechos y circunstancias previos, simultáneos y posteriores concurrentes en la operación realizada”<sup>47</sup>.*

---

<sup>47</sup> Consulta vinculante de la DGT de 23 de febrero de 2021 (núm. V0326-21).

#### 4. LA NECESIDAD DE UNA VENTAJA FISCAL COMO REQUISITO DE INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN.

Un asunto controvertido es si el hecho de que una entidad obtenga la posibilidad de aplicar una fiscalidad favorable en una operación de reestructuración supone la inaplicación del régimen fiscal especial.

En principio, de la interpretación del artículo 89.2 de la LIS, parece que la posibilidad de aprovechar la aplicación de una fiscalidad favorable no es incompatible con el régimen de neutralidad fiscal. Esto se debe a que la operación, aunque genere una fiscalidad favorable, puede llevarse a cabo con un objetivo distinto al fraude o la evasión fiscal y con la concurrencia de motivos económicos válidos. En este sentido, lo que determina la inaplicación del régimen fiscal especial es que mediante la operación se busque obtener una estructura que permita una tributación nula o reducida que no se hubiese obtenido de otra forma<sup>48</sup>.

A estos efectos, es relevante la sentencia<sup>49</sup> del TJUE, Asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, de 20 de mayo de 2010 que se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* (el TS de los Países Bajos) en relación con la aplicación del régimen de neutralidad fiscal cuando con la operación se evita el devengo de un impuesto distinto a los que se refieren las ventajas establecidas en la Directiva. En este caso, la operación de fusión planteada evitaba el pago del impuesto de transmisiones. El TJUE concluyó que la cláusula antiabuso se trata de una excepción para la aplicación del régimen fiscal especial y que, por tanto, debe interpretarse de manera estricta y atendiendo a la finalidad con la que fue incluida. En consecuencia, determinó que solo los impuestos sobre los que se pronuncia la Directiva son los que pueden entrar en el ámbito de la excepción. Así, la cláusula antiabuso no es de aplicación cuando la

---

<sup>48</sup> GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J. “*Motivos económicos válidos...*, *op. cit.*”

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg BV contra Staatssecretaris van Financiën*), de 20 de mayo de 2010.

ventaja fiscal que se adquiere con la operación es la elusión del pago de un impuesto no contemplado en la misma.

En los siguientes apartados se va a analizar la procedencia de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal cuando en la operación de reestructuración concurren ventajas fiscales.

#### **4.1. El diferimiento de la tributación como ventaja fiscal.**

La consecuencia de la aplicación del régimen fiscal especial consiste en el diferimiento de la tributación por las plusvalías que afloran en el marco de la operación de reestructuración. Como se ha venido comentando es, precisamente, lo que permite que la fiscalidad asuma un papel neutral en las operaciones de reestructuración. Pues bien, se ha cuestionado si este diferimiento de la tributación puede constituir la ventaja fiscal a la que se refiere la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS y que supone la inaplicación del régimen de neutralidad.

Lo que se discute es si en una operación en la que no concurren motivos económicos válidos debe, además, concurrir la obtención de una ventaja fiscal (más allá del mero diferimiento) o no<sup>50</sup>. Así, quienes argumentan que basta con que la operación no se realice por motivos económicos válidos para la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal lo hacen considerando que el diferimiento de la tributación es la ventaja fiscal a la que se refiere la norma.

Sobre este asunto sea pronunciado la AN en su sentencia<sup>51</sup> de 16 de julio de 2020 con motivo de un recurso contencioso-administrativo sobre los motivos económicos válidos en una operación de escisión total. La Inspección consideró que la operación no se había llevado a cabo por motivos económicos válidos, sino por una finalidad meramente fiscal. La AN indicó que lo procedente era realizar un análisis de la operación en su conjunto

---

<sup>50</sup> ROMERO DE LA VEGA, A. y SALTO GUGLIERI, J. “Ventaja e inaplicación parcial en el régimen especial de fusiones”. Revista de Opinión, núm. 26, p. 2, 2017.

<sup>51</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, recurso núm. 128/2017, de 16 de julio de 2020.

para determinar cuál era la finalidad preponderante por la que se había efectuado la operación y que, en cualquier caso, la obtención de las ventajas fiscales del régimen de diferimiento no podía constituir un impedimento a su aplicación. Es decir, que el mero diferimiento de la tributación, que es la consecuencia que se obtiene al aplicar el régimen de neutralidad fiscal, no es la ventaja fiscal a la que hace referencia dicho precepto.

Para ello, la AN argumentó que si el diferimiento de la tributación fuese la única ventaja fiscal adquirida y la operación se llevase a cabo por motivos económicos válidos se aplicaría el régimen fiscal especial. De otro modo, y basándose en la argumentación de la sala de instancia, nunca sería aplicable el régimen de neutralidad fiscal puesto que se aplicaría la cláusula antiabuso para evitar precisamente el diferimiento que el régimen de neutralidad fiscal conlleva.

A nuestro parecer, la ventaja fiscal a la que alude la cláusula antiabuso debe ser distinta del mero diferimiento de la tributación.

#### **4.2. La compensación de bases imponibles negativas.**

Un ejemplo de ventaja fiscal distinta del diferimiento de la tributación es el caso de una operación de fusión por absorción en la que la sociedad absorbida cuenta con bases imponibles negativas pendientes de compensar generadas con carácter previo a la fusión. Así, como consecuencia de la sucesión a título universal que supone toda fusión, la sociedad absorbente obtendrá la posibilidad de compensar dichas bases imponibles negativas, es decir, una fiscalidad favorable.

No obstante, la existencia de bases imponibles negativas y la posibilidad de compensarlas no invalidan por sí mismas la aplicación del régimen fiscal especial. Otra cosa sería que la única razón para llevar a cabo la operación de fusión fuese la de aprovechar esa fiscalidad favorable y compensar las bases imponibles negativas, puesto que, en ese caso, el motivo preponderante de la operación sería de índole fiscal. Si tras la operación de fusión existen motivos económicos válidos, el hecho de que la entidad absorbida tenga

bases imponibles negativas pendientes de compensar no impide la aplicación del régimen fiscal especial<sup>52</sup>.

A continuación, se va a realizar un análisis de la jurisprudencia europea y nacional y de la doctrina administrativa en la que se analizan distintos casos de fusiones por absorción en los que la absorbida contaba con bases imponibles negativas pendientes de compensar.

En primer lugar, la sentencia<sup>53</sup> del TJUE, Asunto C-126/10, Foggia, de 10 de noviembre de 2011 se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal Administrativo de Portugal en relación con la transferencia de pérdidas fiscales como consecuencia de una operación de fusión entre empresas que forman parte del mismo grupo. El TJUE determinó que una operación de fusión puede basarse en varios motivos económicos válidos y que entre ellos pueden figurar también consideraciones fiscales siempre y cuando no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada. Asimismo, indicó que, si una operación tuviese como objetivo único la obtención de una ventaja fiscal, se podría concluir que no se realiza por motivos económicos válidos. Así, concluyó que no podía considerarse como elemento decisivo el hecho de que la sociedad absorbente pretendiese asumir las pérdidas de la sociedad absorbida que no habían sido amortizadas fiscalmente, sino que había que atender al conjunto de la operación.

En segundo lugar, la sentencia<sup>54</sup> del TS de 16 de mayo de 2013 se pronuncia sobre una fusión por absorción entre dos entidades y la operación se acogió al régimen de neutralidad fiscal. La entidad absorbente, en su declaración-liquidación del IS, consignó resultados negativos procedentes de ejercicios anteriores por 141.461.428 pesetas que se correspondían con las bases negativas pendientes de compensar de la sociedad absorbida.

---

<sup>52</sup> GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J. “*Motivos económicos válidos...*”, *op. cit.*

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-126/10 (*Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*), de 10 de noviembre de 2011.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación n.º 5683/2011, de 16 de mayo de 2013.

En ese mismo ejercicio, la entidad absorbente aplicó en la autoliquidación del IS 63.684.684 pesetas y el resto se aplicaron en la autoliquidación del ejercicio siguiente.

La Inspección consideró que el objetivo principal perseguido con la fusión era compensar las bases imponibles negativas de la entidad absorbida y que no existía una acreditación del motivo económico válido que se había alegado para llevar a cabo la operación. Así, la Inspección regularizó la situación tributaria de la entidad absorbente y dicha liquidación fue confirmada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Murcia y el Tribunal Económico-Administrativo Central. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad y declaró la nulidad de la liquidación al considerar que la entidad sí tenía derecho a aplicar el régimen fiscal especial por haber quedado acreditada la existencia de motivos económicos válidos en la operación.

El TS confirmó la conclusión alcanzada en la sentencia de primera instancia, puesto que, además de considerar que existe un motivo económico válido en la operación de fusión, el de reducción de costes y simplificación organizativa, consideró que la operación forma parte de un proceso de reorganización del grupo empresarial al que pertenecen ambas sociedades. Por ello, declaró la procedencia de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal.

Para llegar a esa conclusión, el TS hizo referencia a dos sentencias. Por un lado, citó la sentencia<sup>55</sup> del TS de 7 de abril de 2011 que denegó la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a una operación de fusión, no porque la sociedad absorbida tuviese bases imponibles negativas pendientes de compensar, sino por no ser posible llegar a la conclusión de que la operación se basó en motivos económicos válidos, ya que no se apreció ningún tipo de reestructuración o racionalización empresarial. Así, el TS estimó que se hubiese podido aplicar el régimen fiscal especial con independencia de la

---

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación n.º 4939/2007, de 7 de abril de 2011.

existencia de una fiscalidad favorable si hubiese habido una motivación económica en la operación de fusión.

Por otro lado, citó la sentencia<sup>56</sup> del TS de 7 de abril de 2011 que también denegó la aplicación del régimen fiscal especial a una operación de fusión por considerar que se trató de una operación diseñada con el único objetivo de obtener un beneficio fiscal, que la entidad absorbente compensase las bases imponibles negativas acumuladas en la entidad absorbida. El TS concluyó que no existía un interés económico auténtico detrás de la operación, pero que, si hubiese existido, la posibilidad de compensar bases imponibles negativas no hubiese supuesto un impedimento para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal.

En tercer lugar, en respuesta a las consultas vinculantes planteadas por los contribuyentes<sup>57</sup> la DGT ha venido reconociendo que la existencia de bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad absorbida es una cuestión que no determina la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal por sí misma. Así, indica que son cuestiones de hecho que deben ser valoradas con el resto de los motivos económicos válidos y el conjunto de la operación para determinar si se trata de la finalidad preponderante de la operación.

#### **4.3. La ventaja fiscal en operaciones concatenadas.**

La necesidad de realizar un análisis global de la operación para ponderar la entidad de una posible ventaja fiscal frente a los motivos económicos por los que se lleva a cabo puede negar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en operaciones concatenadas. Así, no es infrecuente que la DGT, al dar respuesta a las consultas vinculantes planteadas por los contribuyentes sobre este asunto, estime que la concatenación de operaciones se lleva a cabo con la única finalidad de poder aplicar el régimen fiscal especial. Esto se

---

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación n.º 2281/2008, de 7 de abril de 2011.

<sup>57</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 16 de marzo de 2021 (núm. V0621-21), de 9 de junio de 2021 (núm. V1855-20), de 24 de junio de 2021 (núm. V2118-20) y de 28 de mayo de 2020 (núm. V1661-20).



debe a que, de haber optado por una única operación de reestructuración que produjese los mismos efectos prácticos, no podría acogerse al régimen fiscal especial por no cumplir con los requisitos exigidos para ello. A continuación, se va a realizar una exposición de distintas operaciones concatenadas que, de acuerdo con la DGT, no pueden acogerse al régimen fiscal de neutralidad de forma total o parcial.

Este es el caso de una operación en la que la entidad realice en primer lugar una aportación no dineraria de activos patrimoniales para, seguidamente, realizar una escisión financiera de la entidad que recibe la aportación; que produce los mismos efectos que una escisión parcial. Sin embargo, se opta por la concatenación de operaciones puesto que la escisión parcial no cumple los requisitos para que le sea de aplicación el régimen de neutralidad fiscal, normalmente por no constituir el patrimonio aportado una rama de actividad. Así pues, aunque ambas operaciones cumplen los requisitos de forma individual para que les sea de aplicación el régimen fiscal especial, la DGT<sup>58</sup> considera que la aportación no dineraria no se realiza por motivos económicos válidos, puesto que su única finalidad es preparar la realización de la escisión financiera. Por lo tanto, determina que no se puede aplicar el régimen de neutralidad fiscal a la operación de aportación no dineraria.

Lo mismo se concluye en el caso de realizarse de forma concatenada una aportación no dineraria de rama de actividad, una escisión parcial financiera y una fusión; que también producen los mismos efectos que una escisión parcial que en el caso analizado no podría acogerse al régimen de neutralidad fiscal por no cumplir con el requisito de que los bienes transmitidos constituyan una rama de actividad. En este caso, la DGT<sup>59</sup> estima que las operaciones de aportación no dineraria de rama de actividad y de escisión parcial financiera son meramente preparatorias de la posterior fusión, por lo que no se realizan por motivos económicos válidos y no pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal.

---

<sup>58</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de 8 de mayo de 2015 (núm. V1440-15), de 26 de mayo de 2016 (núm. V2328-16), de 27 de abril de 2016 (núm. V1850-16), de 30 de noviembre de 2016 (núm. V5189-16) y de 29 de marzo de 2016 (núm. V1282-16).

<sup>59</sup> Consulta vinculante de la DGT de 19 de enero de 2015 (núm. V0150-15).

Asimismo, la DGT<sup>60</sup> considera que las operaciones concatenadas de escisión total y fusión producen los mismos efectos prácticos que una operación de escisión parcial. Sin embargo, en el caso planteado no se realiza directamente la escisión parcial porque los bienes transmitidos no constituyen una rama de actividad y, por lo tanto, no le sería de aplicación el régimen de neutralidad fiscal. Por ese motivo, la DGT considera que la primera operación es preparatoria de la segunda y que, al no llevarse a cabo por una verdadera motivación económica, no puede acogerse al régimen fiscal especial.

La DGT<sup>61</sup> llega a una conclusión similar en el caso de que se realice una fusión por absorción seguida de una escisión parcial que produzca los mismos efectos que los que habrían resultado de haber realizado únicamente una escisión parcial. Sin embargo, dicha operación no se hubiese podido acoger al régimen de neutralidad fiscal porque los elementos transmitidos no se trataban de una rama de actividad. Por ello, la DGT considera que la operación de fusión se realiza para permitir el cumplimiento de los requisitos necesarios para que la escisión parcial pueda acogerse al régimen fiscal especial. Así, determina que la fusión tiene una finalidad puramente fiscal y no permite la aplicación del régimen fiscal especial.

En el supuesto en el que se lleve a cabo una escisión total seguida de posteriores transmisiones de las participaciones de las entidades beneficiarias de la escisión entre los socios, de forma que se rompa la regla de proporcionalidad, la concatenación de ambas operaciones produciría los mismos efectos que una operación de escisión total sin atribución proporcional a los socios. Dado que la operación de escisión total no proporcional no podría acogerse al régimen de neutralidad fiscal, puesto que la proporcionalidad es uno de los requisitos establecidos en la LIS para su aplicación, la DGT<sup>62</sup> considera que no debe aplicarse el régimen fiscal especial a la operación de

---

<sup>60</sup> Consulta vinculante de la DGT de 14 de diciembre de 2010 (núm. V2692-10).

<sup>61</sup> Consulta vinculante de la DGT de 29 de abril de 2013 (núm. V1502-13).

<sup>62</sup> Entre otras, las consultas vinculantes de la DGT de 11 de febrero de 2011 (núm. V0319-11), de 19 de julio de 2017 (núm. V1945-17), de 26 de abril de 2018 (núm. V1100-18) y de 2 de abril de 2018 (núm. V0874-18).

escisión total, puesto que no se trata de una operación de reestructuración sino de una que facilita la desinversión en las entidades beneficiarias.

A la misma conclusión llega la DGT<sup>63</sup> en el caso de que se produzca una escisión total seguida de una reducción de capital que diese lugar a la salida del otro socio en cada sociedad. En este caso, la concatenación de operaciones también produciría el mismo efecto que el de una escisión total sin atribución proporcional a los socios que no podría acogerse al régimen de neutralidad fiscal por no cumplir los requisitos. Por ello, la DGT establece que la escisión total no podría acogerse al régimen de neutralidad fiscal por no tratarse de una operación de reestructuración, sino de una que facilita la separación de los socios en las entidades beneficiarias.

A pesar de las conclusiones alcanzadas por la DGT en las consultas vinculantes planteadas por los contribuyentes, la jurisprudencia del TS y de la AN han reconocido la legitimidad de la economía de opción para que los contribuyentes organicen sus operaciones de manera que puedan aplicar la fiscalidad más ventajosa posible.

En este sentido, la sentencia<sup>64</sup> del TS de 14 de octubre de 2015 resuelve un recurso de casación sobre una operación concatenada en la que se lleva a cabo la escisión de una rama de actividad con reducción de capital en una sociedad y su aportación a otra actividad con ampliación de capital. Como resultado de la disolución de gananciales, las participaciones de una de las sociedades pasan a corresponder al esposo y las de la otra sociedad a la esposa. Por este motivo, la Inspección consideró que la operación no podía acogerse al régimen de neutralidad fiscal, puesto que la finalidad con la que esta se había llevado a cabo no era económica, sino la de repartir dos ramas de actividades entre dos cónyuges que se habían separado. El TS indicó que en la sentencia de instancia recurrida se había examinado la concurrencia de motivos económicos válidos y se había determinado que la operación se llevó a cabo para gestionar de forma diferenciada dos ramas de actividad distintas, es decir, que no concurrió únicamente un motivo fiscal.

---

<sup>63</sup> Consulta vinculante de la DGT de 9 de abril de 2018 (núm. V0897-18).

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación núm. 3392/2013, de 14 de octubre de 2015.

Asimismo, el TS destacó la legitimidad de la economía de opción como ejercicio de las libertades fundamentales de forma que los contribuyentes puedan elegir organizar sus operaciones de la forma más ventajosa fiscalmente posible.

Una conclusión parecida alcanza el TS en su sentencia<sup>65</sup> de 30 de enero de 2014 en la que resuelve un recurso de casación sobre una operación consistente en una escisión total de una entidad, mediante la que se dividió su patrimonio en dos ramas de actividad y se aportó a dos entidades de nueva creación, y una posterior transmisión de las participaciones de una de las entidades de nueva creación a otra entidad que procedió a realizar una fusión por absorción. La Inspección consideró que no se podía aplicar el régimen de neutralidad fiscal en lo relativo a la sociedad de nueva creación que posteriormente fue absorbida por otra entidad puesto que la creación de dicha sociedad solo respondía a la intención de transmitirla directamente después. El TS coincidió en el análisis efectuado por la sala de instancia de que la tesis que seguía la Administración no podía admitirse por situar el fraude en el campo de la economía de opción. Así, no se admitió como tesis la existencia de otro negocio jurídico, como la venta directa, que hubiese determinado un mayor gravamen para el contribuyente y, por ende, hubiese sido más favorable para los fines recaudatorios.

Asimismo, la AN en su sentencia<sup>66</sup> de 22 de septiembre de 2011 (recurso 361/2008) resolvió un recurso contencioso-administrativo sobre una operación de fusión por absorción de dos sociedades inactivas con bases imponibles negativas pendientes de compensar. La Inspección consideró que no era de aplicación el régimen fiscal especial por carecer de motivo económico válido, entendiendo que se había llevado a cabo para compensar las bases imponibles negativas que no habrían podido compensarse de otra manera. No obstante, la AN determinó que la operación no tuvo como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal para lo que se basó en que se tratase de una fusión simplificada por tener la sociedad absorbente la totalidad de las participaciones de las absorbidas, y en

---

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación núm. 2577/2011, de 30 de enero de 2014.

<sup>66</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, recurso núm. 361/2008, de 22 de septiembre de 2011.

la inactividad de las empresas absorbidas y la necesidad de ahorrar costes. Además, expresó su preocupación ante la tendencia de la Administración de abusar de las cláusulas antifraude europeas concebidas para combatir situaciones de elusión fiscal en las que se utilizan formas jurídicas manifiestamente inidóneas para el fin económico perseguido. También reprochó que la Administración se extralimitase en sus funciones y ofreciese alternativas de operaciones distintas a la fusión por absorción para la reorganización del conjunto empresarial y que supusiesen una mayor carga fiscal. Así, indicó que la Administración sostuvo un “principio de mayor gravamen o de economía de opción inversa” que determinaría la aplicación de la cláusula antiabuso para favorecer los intereses recaudatorios.

## **V. OTRAS CUESTIONES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.**

### **1. DESLINDE CON EL ARTÍCULO 15 DE LA LGT Y EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL.**

Las cláusulas antiabuso son estructuras normativas que determinan como consecuencia jurídica de un presupuesto de hecho la atribución a la Administración de la potestad de desconocer el acto o negocio jurídico llevado a cabo con voluntad de elusión o en la aplicación del régimen fiscal que se ha pretendido evitar con el ánimo elusivo<sup>67</sup>.

En la LGT se regulan cláusulas antiabuso de carácter general, como son la calificación (artículo 13 de la LGT), el conflicto en la aplicación de la norma tributaria (artículo 15 de la LGT) y la simulación (artículo 16 de la LGT). Asimismo, el ordenamiento jurídico también incluye cláusulas de carácter específico, como la que incluye el artículo 89.2 de la LIS.

Interesa exponer el concepto del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, puesto que su deslinde con la cláusula antiabuso del artículo 89.2 de la LIS ha generado gran

---

<sup>67</sup> DE JUAN CASADEVALL, J. “La necesaria delimitación objetiva entre el conflicto para la aplicación de la norma tributaria y la cláusula de motivos económicos válidos: ¿debe tramitarse siempre el procedimiento de conflicto? A propósito del ATS de 17 de febrero de 2020”, Quincena Fiscal Aranzadi, núm. 11, 2020.

controversia. El artículo 15 de la LIS establece que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite de forma total o parcial la realización del hecho imponible o se produzca una minoración en la base o deuda tributaria si: i) el negocio jurídico es artificioso o impropio para lograr el resultado obtenido o; ii) no se obtengan efectos jurídicos o económicos distintos al ahorro fiscal. Así pues, para la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria la Administración ha de acudir al procedimiento establecido en el artículo 159 de la LIS que determina la necesidad de obtener un informe preceptivo.

Así, hay pronunciamientos jurisprudenciales que exigen la tramitación del procedimiento especial del artículo 159 de la LGT para regularizar una operación de reestructuración en la que no se aprecian motivos económicos válidos y pronunciamientos jurisprudenciales en sentido contrario<sup>68</sup>. Por ello, el TS ha apreciado la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y ha admitido a trámite un recurso de casación para determinar si la apreciación ausencia de un motivo económico válido en una operación de reestructuración determina que no es necesario tramitar un expediente de conflicto en la aplicación de la norma para dejar sin efecto el régimen de neutralidad fiscal<sup>69</sup>.

Este caso consiste en una operación de fusión por absorción que se acogió al régimen de neutralidad fiscal. No obstante, la Inspección consideró que la operación fue realizada para aprovechar las bases imponibles negativas pendientes de compensación en una sociedad inactiva. Por tanto, regularizó la declaración del IS de la sociedad e impuso una sanción económica a la misma. La regularización tributaria y la sanción fueron confirmadas por los tribunales económico-administrativos y por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Ante la sentencia de esta sala, los representantes de la sociedad interpusieron recurso de casación por considerar que era necesario acudir al procedimiento para la declaración de conflicto en la aplicación de la norma.

---

<sup>68</sup> *Id.*

<sup>69</sup> Auto del Tribunal Supremo, recurso de casación n.º 5886/2019, de 7 de febrero de 2020.

El TS estimó en su sentencia<sup>70</sup> de 31 de marzo de 2021 que no es necesario instruir el procedimiento para la declaración de conflicto en la aplicación de la norma. Para ello, argumenta que no es necesario acudir al procedimiento del artículo 159 de la LGT cuando la Directiva de la Unión Europea ya recoge la consecuencia de la inaplicación del régimen fiscal especial cuando no se cumplen determinados requisitos. Asimismo, el TS establece que no toda operación llevada a cabo sin una motivación económica válida en el sentido que establece la Directiva y la LIS es fraudulenta en el sentido del artículo 15 de la LGT.

## 2. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL.

La carga de la prueba de la existencia o inexistencia de motivos económicos válidos es otro de los aspectos del régimen de neutralidad fiscal que mayor controversia han suscitado. Así, el debate ha versado sobre si es la Administración la que debe probar que el principal objetivo de la operación, o uno de los principales, consiste en el fraude o la evasión fiscal, para lo que puede basarse en la inexistencia de motivos económicos válidos<sup>71</sup>. O, por el contrario, si es el sujeto pasivo el que debe probar la existencia de motivos económicos válidos, por lo que una ausencia de suficiente justificación conlleva la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal<sup>72</sup>.

Para resolver esta cuestión, es de gran importancia la sentencia<sup>73</sup> del TJUE, Asunto C-14/16, Euro Park, de 8 de marzo de 2017. En ella, el TJUE analizó la normativa francesa que transpuso al ordenamiento jurídico francés el régimen de neutralidad fiscal europeo. En este sentido, para poder aplicar el mencionado régimen, la normativa francesa exigía el cumplimiento de una serie de requisitos. Así, exigía que el contribuyente justificase la concurrencia de motivos económicos válidos en la operación, acreditase que con esta no

---

<sup>70</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación n.º 5886/2019, de 31 de marzo de 2021.

<sup>71</sup> GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J. “*Motivos económicos válidos...*”, *op. cit.*

<sup>72</sup> CHECA GONZÁLEZ, C. “*Los «motivos económicos válidos» ...*”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-14/16 (*Euro Park Service contra Ministre des Finances et des Comptes publics*), de 8 de marzo de 2017.

se perseguía el fraude o la evasión fiscal y garantizase que la operación permitiría el futuro gravamen de las plusvalías.

El TJUE indicó que la Directiva habilita a los Estados miembro para establecer las normas que considerasen necesarias para evitar el fraude o la evasión fiscal. No obstante, dichas normas deben respetar el principio de efectividad, es decir, no hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos contenidos en la Directiva. En este sentido, el TJUE concluyó que la normativa francesa no cumplía con el principio de efectividad puesto que se exigía de forma sistemática que el contribuyente justificase los motivos económicos válidos en los que se fundamenta la operación y la no persecución del fraude o evasión fiscal. Así, determinó que esta norma establecía una presunción general de fraude o evasión fiscal y que en verdad le correspondía a la Administración aportar la prueba, aunque constituyese únicamente un indicio, de que la existencia de fraude o evasión fiscal. Para ello, indicó que la Administración podía basarse en la inexistencia de motivos económicos válidos, lo que también le correspondía probar.

En conclusión, el TJUE estableció que para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal no le corresponde al obligado tributario probar que no se persigue el fraude o la evasión fiscal a través de la operación, ni que esta se basa en motivos económicos válidos. Al contrario, la carga de la prueba de existencia de fraude o evasión fiscal le corresponde a la Administración. Y que, la no concurrencia de motivos económicos válidos es un elemento de prueba de ello<sup>74</sup>.

## **VI. CONCLUSIONES.**

1. Para asegurar el buen funcionamiento del mercado único europeo es importante que las empresas puedan competir a nivel internacional. Para este fin, las operaciones de reestructuración desempeñan un papel clave, puesto que permiten que las entidades se reorganicen y aumenten su nivel de solvencia. Por ello, es importante que la

---

<sup>74</sup> SANZ GADEA, E. “*La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial*”. Instituto de Estudios Fiscales. Documentos de Trabajo, núm. 1, p. 18, 2022.



fiscalidad no suponga un freno para su realización y con este objetivo se diseñó el régimen de neutralidad fiscal, que permite el diferimiento de la tributación a un momento posterior.

2. Uno de los requisitos para aplicar el régimen de neutralidad fiscal es que la operación de reestructuración encaje en los tipos previstos en la norma fiscal. A este respecto, es importante resaltar que no todas las operaciones de reestructuración mercantiles pueden aplicar el régimen de neutralidad fiscal.
3. El otro requisito que debe concurrir para aplicar el régimen es que la operación se realice por motivos económicos válidos. En este sentido, lo que se busca con esta exigencia es obligar al contribuyente a justificar que la decisión empresarial de realizar la operación se basa en intereses distintos a la fiscalidad. Esta valoración ha de realizarse caso por caso en cada operación.
4. El hecho de que una operación no se realice por motivos económicos válidos no implica, por sí solo, que se esté produciendo una situación elusiva y que, por tanto, esta no pueda tener lugar. Se trata de una cláusula antiabuso del régimen de neutralidad fiscal, es decir, que para su aplicación es necesario que concurran motivos económicos válidos en la operación.
5. No se incluye en el derecho positivo una definición del concepto de motivos económicos válidos, por lo que se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha sido desarrollado por la jurisprudencia y doctrina administrativa. Esto ha generado una gran casuística sobre qué puede considerarse como motivo económico válido en función de las particularidades de cada operación.
6. Para determinar la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal no basta con que no concurran motivos económicos válidos, sino que es necesario, además, que se obtenga una ventaja fiscal. En este sentido, no puede considerarse que el propio diferimiento de la tributación que se produce al aplicar el régimen constituya la ventaja fiscal a la que se refiere la cláusula. Sin embargo, otro tipo de ventajas fiscales, como la

compensación de bases imponibles negativas, deben ser ponderadas junto con la motivación económica para determinar qué prima en la operación concreta y la posibilidad, o no, de aplicar el régimen.

7. No obstante, no parece tan sencillo llevar estas indicaciones a la práctica porque, aunque en algunos casos es posible valorar la magnitud de la ventaja fiscal que se va a obtener, la ponderación de esta con la motivación económica y con el resultado que arrojará en un futuro la operación de reestructuración es de carácter subjetivo. Y, en otros casos, ni si quiera es posible conocer la trascendencia de la ventaja fiscal obtenida. No se ha determinado ningún parámetro objetivo para realizar dicha comparación y no parece probable que se determine en un futuro próximo.
8. En cuanto al procedimiento para la declaración de conflicto en la aplicación de la norma, no es necesario acudir a su instrucción para determinar la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal.
9. Por último, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, reside en la Administración la carga de la prueba de que la operación se realiza con una finalidad fiscal para proceder a la inaplicación del régimen de neutralidad.

## **VII. BIBLIOGRAFÍA.**

### **1. LEGISLACIÓN.**

Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. Publicado en: «DOUE» núm. L 58/19, de 04/03/2005.

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 Sociedad Anónima Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro. Publicado en: «DOUE» núm. L 310/34, de 25/11/2009.

Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro. Publicado en: «DOCE» núm. L 225/1, de 20/08/1990.

Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Publicado en: «BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 2000.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en: «BOE» núm. 288, de 28/11/2014.

Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. Publicado en: «BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 1991.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Publicado en: «BOE» núm. 82, de 04/04/2009.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Publicado en: «BOE» núm. 302, de 18/12/2003.

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

Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Publicado en: «DOUE», núm. C 326/47, de 26/010/2012.

## 2. JURISPRUDENCIA.

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas / Unión Europea.

STJUE, Asunto C-126/10 (*Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*), de 10 de noviembre de 2011.

STJUE, Asunto C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg BV contra Staatssecretaris van Financiën*), de 20 de mayo de 2010.

STJCE, Asunto C-28/95 (*A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*), de 17 julio de 1997.

- Tribunal Supremo.

ATS, recurso de casación n.º 5886/2019, de 7 de febrero de 2020.

STS, recurso de casación n.º 2281/2008, de 7 de abril de 2011.

STS, recurso de casación n.º 2804/2015, de 22 de diciembre 2016.

STS, recurso de casación n.º 3944/2009, de 25 de mayo de 2012.

STS, recurso de casación n.º 42/2010, de 12 de noviembre de 2012.

STS, recurso de casación n.º 4939/2007, de 7 de abril de 2011.

STS, recurso de casación n.º 5683/2011, de 16 de mayo de 2013.

STS, recurso de casación n.º 5683/2011, de 16 de mayo de 2013.

STS, recurso de casación n.º 5886/2019, de 31 de marzo de 2021.

STS, recurso de casación núm. 2577/2011, de 30 de enero de 2014.

STS, recurso de casación núm. 3392/2013, de 14 de octubre de 2015.

- Audiencia Nacional.

SAN, recurso núm. 128/2017, de 16 de julio de 2020.

SAN, recurso núm. 361/2008, de 22 de septiembre de 2011.

### 3. DOCTRINA ADMINISTRATIVA.

Consulta vinculante de la DGT 8 de mayo de 2015 (núm. V1440-15).

Consulta vinculante de la DGT de 10 de marzo de 2021 (núm. V0549-21).

Consulta vinculante de la DGT de 11 de febrero de 2011 (núm. V0319-11).

Consulta vinculante de la DGT de 11 de noviembre de 2021 (núm. V2764-21).

Consulta vinculante de la DGT de 11 de noviembre de 2021 (núm. V2763-21).

Consulta vinculante de la DGT de 12 de abril de 2021 (núm. V0844-21).

Consulta vinculante de la DGT de 12 de febrero de 2015 (núm. V0566-15).

Consulta vinculante de la DGT de 12 de mayo de 2021 (núm. V1351-21).

Consulta vinculante de la DGT de 13 de abril de 2021 (núm. V0874-21).

Consulta vinculante de la DGT de 13 de mayo de 2021 (número V1376-21).

Consulta vinculante de la DGT de 14 de diciembre de 2010 (número V2692-10).

Consulta vinculante de la DGT de 15 de abril de 2021 (número V0929-21).

Consulta vinculante de la DGT de 15 de abril de 2021 (número V0931-21).

Consulta vinculante de la DGT de 15 de noviembre de 2021 (número V2805-21).

Consulta vinculante de la DGT de 16 de marzo de 2021 (número V0620-21).

Consulta vinculante de la DGT de 16 de marzo de 2021 (número V0621-21).

Consulta vinculante de la DGT de 17 de junio de 2021 (número V1899-21).

Consulta vinculante de la DGT de 17 de marzo de 2016 (número V1085-16).

Consulta vinculante de la DGT de 18 de agosto de 2021 (número V2328-21).

Consulta vinculante de la DGT de 19 de enero de 2015 (número V0150-15).

Consulta vinculante de la DGT de 19 de julio de 2017 (número V1945-17).

Consulta vinculante de la DGT de 2 de abril de 2018 (número V0874-18).

Consulta vinculante de la DGT de 2 de febrero de 2021 (número V0151-21).

Consulta vinculante de la DGT de 2 de marzo de 2021 (número V0435-21).

Consulta vinculante de la DGT de 20 de abril de 2021 (número V0986-21).

Consulta vinculante de la DGT de 20 de abril de 2021 (número V0987-21).

Consulta vinculante de la DGT de 20 de agosto de 2021 (número V2367-21).

Consulta vinculante de la DGT de 20 de mayo de 2021 (número V1485-21).

Consulta vinculante de la DGT de 22 de febrero de 2021 (número V0319-21).

Consulta vinculante de la DGT de 22 de febrero de 2021 (número V0317-21).

Consulta vinculante de la DGT de 23 de febrero de 2021 (número V0326-21).

Consulta vinculante de la DGT de 23 de junio de 2021 (número V1980-21).

Consulta vinculante de la DGT de 24 de junio de 2021 (número V1999-21).

Consulta vinculante de la DGT de 24 de junio de 2021 (número V2118-20).

Consulta vinculante de la DGT de 25 de marzo de 2021 (número V0707-21).

Consulta vinculante de la DGT de 26 de abril de 2018 (número V1100-18)

Consulta vinculante de la DGT de 26 de mayo de 2016 (número V2328-16).

Consulta vinculante de la DGT de 27 de abril de 2016 (número V1850-16).

Consulta vinculante de la DGT de 27 de abril de 2021 (número V1097-21).

Consulta vinculante de la DGT de 28 de mayo de 2020 (número V1661-20).

Consulta vinculante de la DGT de 29 de abril de 2013 (número V1502-13).

Consulta vinculante de la DGT de 29 de abril de 2021 (número V1150-21).

Consulta vinculante de la DGT de 29 de julio de 2021 (número V2157-21).

Consulta vinculante de la DGT de 29 de julio de 2021 (número V2159-21).

Consulta vinculante de la DGT de 29 de marzo de 2016 (número V1282-16).

Consulta vinculante de la DGT de 3 de noviembre de 2021 (número V2655-21).

Consulta vinculante de la DGT de 30 de noviembre de 2016 (número V5189-16).

Consulta vinculante de la DGT de 4 de febrero de 2021 (número. V0178-21).

Consulta vinculante de la DGT de 4 de marzo de 2021 (número. V0466-21).

Consulta vinculante de la DGT de 4 de marzo de 2021 (número. V0472-21).

Consulta vinculante de la DGT de 5 de enero de 2020 (número. V3290-20).

Consulta vinculante de la DGT de 6 de abril de 2021 (número. V0792-21).

Consulta vinculante de la DGT de 6 de abril de 2021 (número. V0794-21).

Consulta vinculante de la DGT de 6 de julio de 2021 (número. V2015-21).

Consulta vinculante de la DGT de 7 de mayo de 2021 (número. V1299-21).

Consulta vinculante de la DGT de 8 de marzo de 2021 (número. V0514-21).

Consulta vinculante de la DGT de 9 de abril de 2018 (número. V0897-18).

Consulta vinculante de la DGT de 9 de junio de 2021 (número. V1855-20).

#### 4. OBRAS DOCTRINALES.

CHECA GONZÁLEZ, C. *“Los «motivos económicos válidos» que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea”*, Quincena Fiscal Aranzadi, número. 1, 2009, pp. 1-11.

DE JUAN CASADEVALL, J. *“La necesaria delimitación objetiva entre el conflicto para la aplicación de la norma tributaria y la cláusula de motivos económicos válidos: ¿debe tramitarse siempre el procedimiento de conflicto? A propósito del ATS de 17 de febrero de 2020”*, Quincena Fiscal Aranzadi, número. 11, 2020.



- DE LA HUCHA CELADOR, F. “*Los motivos económicos válidos y el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores, cesiones globales del activo y del pasivo y cambio de domicilio social*”, Wolters Kluwer, Bitopus CISS, 2014, pp. 1-14.
- GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J. “*Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades*”, Quincena Fiscal Aranzadi, núm. 17, 2019.
- MARÍN BENÍTEZ, G. “*¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*”. Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 351-352.
- ROMERO DE LA VEGA, A. y SALTO GUGLIERI, J. “*Ventaja e inaplicación parcial en el régimen especial de fusiones*”. Revista de Opinión, núm. 26, 2017, pp. 1-15.
- SALTO GUGLIERI, J. y ROMERO DE LA VEGA, A. “*Manual de operaciones de reestructuración empresarial*”, Editorial CISS, Madrid, 2010, p. 105.
- SANZ GADEA, E. “*La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial*”. Instituto de Estudios Fiscales. Documentos de Trabajo, núm. 1, 2022, p. 18.