



UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS. ICADE

**RÉGIMEN FISCAL DE LAS
OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN Y
REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL
Y ACTUACIONES DE INSPECCIÓN**

Tutora: Eva María Gil Cruz
Autor: Miguel Ángel Fernández Díez

Madrid
Abril de 2014

INDICE GENERAL:

ABREVIATURAS5

INTRODUCCIÓN.....6

CAPÍTULO I: RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS OPERACIONES DE FUSIÓN, ESCISIÓN Y APORTACIONES DE ACTIVOS

1- PREMISAS GENERALES..... 8

**2- CONCEPTO Y REQUISITOS A NIVEL MERCANTIL Y FISCAL DE LAS OPERACIONES
DE REESTRUCTURACIÓN SUSCEPTIBLES DE ACOGERSE A LA APLICACIÓN DEL
RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL..... 9**

2.1- Fusión.....11

2.2- Escisión.....15

2.2.1- Escisión total..... 15

2.2.2- Escisión parcial..... 16

2.2.3- Segregación..... 19

2.3- Aportaciones de activos.....21

CAPITULO II: LA REACCIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO FRENTE A LOS PROBLEMAS DE ELUSIÓN Y EVASIÓN FISCAL DENTRO DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

**1- MECANISMOS LEGALES FRENTE AL FRAUDE Y EVASIÓN FISCAL: PROBLEMAS
INTERPRETATIVOS DE LA CLÁUSULA ANTIELUSIVA DEL ARTÍCULO 96. 2 DEL
TRLIS.....23**

**2- PRINCIPALES CONFLICTOS ENTRE LOS FENÓMENOS DE ELUSIÓN Y EVASIÓN
FISCAL DENTRO DE LA DOCTRINA TRIBUTARIA. RELACIÓN CON OTRAS FIGURAS
AFINES.....26**

**2.1- Aproximación terminológica y criterios doctrinales de
delimitación.....26**

2.2- Especial relación entre evasión fiscal y la figura de la simulación.....	28
2.3- La elusión fiscal y su vínculo con las figuras de economía de opción, fraude de ley y ventaja fiscal: problemas de delimitación y valoración.....	29

CAPITULO III: PRINCIPALES CUESTIONES CONFLICTIVAS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL. ASPECTOS CONSOLIDADOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA

1- PREMISAS GENERALES.....	33
2- LA INACTIVIDAD DE LAS ENTIDADES PARTICIPES.....	34
2.1- Ámbito de apreciación. El concepto de actividad dentro de la cláusula antielusiva del artículo 96.2 del TRLIS.....	34
2.2- Criterio administrativo de conexión entre inactividad e inexistencia de motivación válida.....	35
2.3- Reacción jurisprudencial frente a la abusiva equiparación entre inactividad e inaplicación del régimen fiscal especial.....	38
2.4- Criterio jurisprudencial europeo sobre la inactividad de las sociedades participes en operaciones de reestructuración.....	40
3- LA ECONOMÍA DE OPCIÓN INVERSA.....	42
CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	51
ÍNDICE DE DISPOSICIONES CITADAS.....	53
ÍNDICE DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS CITADAS.....	54
RECURSOS DE INTERNET.....	56

ABREVIATURAS

AAVV	=Autores Varios
AN	= Audiencia Nacional
BOE	= Boletín Oficial del Estado
CC	= Código Civil
CEE	= Comunidad Económica Europea
Coord.	= Coordinador
DGT	= Dirección General Tributaria
DOL	= Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie “Legislación”
ed.	= Edición
IRPF	= Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	= Impuesto sobre Sociedades
IVA	= Impuesto sobre el Valor Añadido
GAAR	= General Anti Avoidance Rule
JUR	= Documento de Jurisprudencia Aranzadi
LCEur	= Legislación de las Comunidades Europeas Aranzadi
LEG	= Documento de Legislación Aranzadi
LGT	= Ley General Tributaria
LIS	= Ley del Impuesto sobre Sociedades
LME	= Ley Modificaciones Estructurales
ob. cit.	= Obra citada
OCDE	= Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
p./pp.	= página/páginas
RD	= Real Decreto
rect.	= Rectificación
RAE	= Real Academia Española
SCE	= Sociedad Cooperativa Europea
SE	= Sociedad Anónima Europea
TEAC	= Tribunal Económico-Administrativo Central
TEAR	= Tribunal Económico-Administrativo Regional
TRLIS	= Texto Refundido por el que se aprueba la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TJCE	= Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	= Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	= Tribunal Supremo
TSJ	= Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

Dentro del contexto internacional y globalizado en el que encuadramos los fenómenos económicos y sociales de los cuales somos testigos a día de hoy, las operaciones de concentración y reestructuración empresariales juegan un papel especialmente relevante. A través de formas jurídicas tales como las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, consiguen nuestras empresas y sociedades objetivos de crecimiento económico y de consecución de sinergias que redundan en beneficio de la sociedad.

Conscientes de la trascendencia que se esconde tras estas operaciones, el legislador español recoge dentro de nuestro ordenamiento interno el contenido que se desprende de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones, recientemente codificada, en aras de una mayor racionalidad y claridad, por la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre. El régimen fiscal especial desarrollado a lo largo de su articulado aparece actualmente recogido en el Capítulo VIII del Título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Dentro de dicho apartado se consigue establecer un régimen fiscal caracterizado por su neutralidad y diferimiento, cuya intención se encuentra en evitar que la fiscalidad represente un impedimento, una traba y un motivo en general, para la toma de decisiones empresariales dentro del ámbito de las modificaciones estructurales.

Se incorpora específicamente, dentro del citado texto normativo, una cláusula antiabuso, del mismo origen europeo, y que faculta la inaplicación de dicho régimen especial a las concretas operaciones de reestructuración empresarial cuando a través de éstas se persiga un objetivo de fraude o evasión fiscal. Precisamente es en ésta cláusula del art. 96.2 del TRLIS donde nos encontramos con los denominados “motivos económicos válidos”, un término de notoria inseguridad jurídica que actúa como requisito a la hora de poder optar por el régimen fiscal de diferimiento.

El objeto de nuestro trabajo de investigación es averiguar cuando es susceptible de aplicación la cláusula antiabuso del art. 96.2 y que requisitos han de ser observados para que despliegue sus efectos. Analizaremos el contenido de dicha cláusula para descubrir en qué casos nos encontramos ante un objetivo de fraude o evasión fiscal, qué problemas acarrea en la práctica la apreciación y la falta de concurrencia de los motivos

económicos validos en estas operaciones, así como si es posible que los actos tendentes a la reestructuración sigan otra motivación como es la planificación fiscal y, en general, cuales son los criterios usados para delimitar la fina frontera que separa aquellas operaciones legítimas y lícitas susceptibles de acogerse a los beneficios fiscales del régimen, frente a las que van dirigida esta cláusula y que se manifiestan en un ánimo de fraude y evasión fiscal. No es objeto de nuestro trabajo profundizar en el significado del fraude de ley, evasión fiscal, ni en aquellos otros conceptos relacionados con el fenómeno de la elusión, sino que nos centraremos en esta reciente técnica restrictiva recogida en el art. 96.2 del TRLIS, y abordaremos los principales conflictos con los que nos encontramos a la hora de su aplicación en las operaciones de fusión, escisión y aportaciones de activos solamente.

Para conseguir nuestro propósito dividiremos el trabajo de investigación en tres partes.

En la primera, realizamos un extenso estudio de aquellas operaciones susceptibles de acogerse al régimen fiscal especial. En concreto nos centramos en las operaciones de fusión, escisión y aportaciones de activos, analizando las exigencias contenidas en la normativa mercantil para su formalización así como en los requisitos adicionales contemplados en la ley fiscal, pues sólo aquellos casos en los que las demandas de ambos cuerpos normativos sean satisfechas podrán acogerse al diferimiento fiscal.

En la segunda, nos introducimos en el oscuro mundo de la elusión y evasión fiscal acompañados de cerca por la diversa opinión de la doctrina científica sobre estos fenómenos. También estudiamos los mecanismos de reacción contra la elusión fiscal, donde situamos la cláusula antielusiva específica del art. 96.2 TRLIS, la cual analizaremos para intentar arrojar luz sobre conceptos indeterminados que gozan de una variada opinión doctrinal tales como: elusión, evasión fiscal, fraude de ley, conflicto en la aplicación de la norma tributaria, economía de opción, ventaja fiscal o motivos económicos válidos.

Finalmente, en la tercera y última parte, contextualizamos los principales conflictos y controversias, surgidos en la variada interpretación del contenido y sentido de la cláusula antiabuso, dentro de la práctica y la realidad jurídica gracias a la doctrina de la Administración tributaria y a la jurisprudencia consolidada de los órganos judiciales.

CAPITULO I: RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS OPERACIONES DE FUSIÓN, ESCISIÓN Y APORTACIONES DE ACTIVOS.

1-PREMISAS GENERALES

Las operaciones de reorganización o reestructuración empresarial tales como las fusiones, escisiones o aportaciones de activos constituyen un instrumento eficaz y conveniente para perseguir ese objetivo de crecimiento que, como motivación principal, caracteriza a toda empresa.

El desarrollo de estos procesos mercantiles, consistentes en la transmisión y traspaso en bloque de la totalidad del patrimonio o de ramas de actividad entre unas empresas y otras, se produce con el objetivo, entre otros, de maximizar el aprovechamiento de recursos, reducir costes, concentrar la administración empresarial y la toma de decisiones, ampliar la presencia del negocio ante nuevos mercados y sectores, etc. Debido a la importancia beneficiosa que estas operaciones tienen para el conjunto económico social, se han incentivado políticas internas y comunitarias tendentes a estimular la utilización de estos procesos en el ámbito mercantil mediante sistemas de neutralidad fiscal o de determinados beneficios tributarios, tratando de evitar que la fiscalidad pudiera suponer un freno a su realización, ya que efectivamente, en el campo de estas operaciones se producen unas plusvalías, fruto de las transmisiones entre empresas, susceptibles de quedar sometidas a gravamen por el Impuesto sobre Sociedades.

En este sentido, el régimen fiscal especial del que gozan estas operaciones de reorganización y reestructuración en nuestro país aparece regulado en el Capítulo VIII del Título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), concretamente desde su art. 83 al 96. No obstante, los orígenes de este tratamiento fiscal específico se sitúa en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, en aplicación de lo dispuesto en la Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de

acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (en adelante Directiva 90/434/CEE)¹. A través de esta Directiva se desarrolla un régimen fiscal común para los diversos procesos de reestructuración que acontecen entre distintos Estados miembros, adoptando muchos de estos, el mismo régimen y políticas fiscales dentro de su regulación interna.

Mediante este régimen se trata, en esencia, de evitar que la fiscalidad interfiera en el desarrollo de estos procesos de reestructuración, sino que tiene que tratarse de una neutralidad fiscal. Para la consecución de este objetivo se presenta, por un lado, un diferimiento del impuesto hasta la cesión de los activos, de tal manera que se permite optar a los sujetos interesados para poder diferir la tributación de los incrementos surgidos con motivo de la operación societaria hasta el momento futuro de su materialización, es decir, cuando se transmitan a terceros. Por otra parte, este objetivo de neutralidad se conseguirá también mediante la valoración fiscal de los bienes y derechos adquiridos por su valor histórico. Sin embargo, puede darse la situación de que el sujeto, si así lo desea, renuncie al régimen especial de diferimiento y tribute de forma normal por las rentas que se produzcan.

2- CONCEPTO Y REQUISITOS A NIVEL MERCANTIL Y FISCAL DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN SUSCEPTIBLES DE ACOGERSE A LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL.

Con el propósito de conocer más detalladamente estas concretas operaciones de concentración y reestructuración empresarial susceptibles de acogerse al régimen fiscal especial de diferimiento debemos situarnos dentro del ámbito de las modificaciones estructurales contenido en la Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LME).

Sólo aquellas operaciones mercantiles que cumplan las exigencias marcadas por la normativa tributaria del IS (TRLIS) legitiman a las sociedades intervinientes para gozar del régimen especial de tributación, de forma que no se integra en la base imponible del

¹ En época más reciente ha sido publicado el texto codificado de esta norma mediante la Directiva 2009/133/CE “en aras de una mayor racionalidad y claridad”, conservando, en la mayoría de su contenido, el mismo tratamiento que su predecesora.

impuesto las rentas obtenidas por la transmisión de los bienes y derechos que constituyan el objeto de dichas operaciones de concentración y reestructuración empresarial, aplicándose así pues un régimen especial de diferimiento cuya razón de ser consiste en evitar que la fiscalidad suponga un obstáculo o estímulo para este tipo de operaciones.

Es en el preámbulo de la LME, cuerpo normativo mediante el que se unifica y desarrolla la regulación de las “modificaciones estructurales”, donde se recoge una importante definición de esta expresión, caracterizadas como “aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo”. No existe una definición legal concreta sobre el término “modificaciones estructurales”, no obstante, de la exposición de motivos de la LME extraemos una primera aproximación de aquellas operaciones mercantiles objeto de nuestro estudio. Así, en palabras de Fernando Vives Ruiz ² “desde una perspectiva económica, son operaciones que suponen una alteración de la empresa societaria consistentes en la modificación sustancial de su estructura organizativa. En todos los casos modifican la forma en que se mantiene la titularidad del patrimonio social”.

El régimen tributario especial aparece regulado, como se ha señalado previamente, en el Título VII, Capítulo VIII del TRLIS, y es precisamente en los artículos 83 a 96 del TRLIS donde se detalla y explica este régimen de diferimiento, siendo en el artículo 83 donde se ofrece una pormenorizada definición de cada una de estas operaciones susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación de dicho régimen.

Podemos observar, haciendo una comparación entre la normativa mercantil (LME) y la fiscal (TRLIS) que no todas las operaciones mencionadas coinciden. Así, mientras que en ambos cuerpos normativos se desarrollan las figuras de la fusión y la escisión, no ocurre lo mismo cuando en el TRLIS menciona las aportaciones de activos, canjes de valores y cambio de domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro de la Unión Europea. No obstante, a efectos de acotar la investigación al objeto de nuestro trabajo, sólo serán abordadas las figuras de la fusión, la escisión y las aportaciones de activos, figura ésta última que sí aparece regulada en la LME, ya que,

² VIVES RUIZ, F., “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho de Sociedades Tomo II*, 2º edición, Aranzadi, SA, Pamplona, 2013, p. 264.

desde un punto de vista mercantil, las escisiones gozan de una mayor amplitud conceptual que desde el punto de vista fiscal. Así, es en el título III, Capítulo I de la LME, referente a las escisiones, donde ubicaríamos en el ámbito mercantil (segregación) la operación que fiscalmente el legislador ha calificado como “aportaciones de activos”.

Dedución de lo anteriormente expuesto es que las fusiones, escisiones y aportaciones de activos, constituyen operaciones que se realizan con la finalidad de acometer procesos de reestructuración y concentración empresarial. Y es que, en una economía internacionalizada y globalizada como la actual, resulta innegable afirmar la proliferación de estos procesos de concentración y reestructuración, destinados a reforzar la influencia en los mercados y la propia dimensión de las empresas como respuesta de una mayor competencia, mediante procesos de unión y reordenación de determinadas empresas³.

Procedemos necesariamente, en aras de una mayor comprensión del ámbito de aplicación del régimen de diferimiento, a definir, desde un punto de vista mercantil y fiscal, las operaciones de concentración y reestructuración de fusión, escisión, y aportaciones de activos.

2.1- Fusión

En el ámbito mercantil, es el Título II de la Ley 3/2009 (LME) en sus artículos 22 y siguientes, el responsable de establecer las condiciones y requisitos para la realización de una operación de fusión. Por tanto, sólo si la operación proyectada se realiza en el ámbito mercantil al amparo de lo dispuesto en la LME, cumpliendo además con lo dispuesto en el TRLIS (concretamente en el artículo 83), dicha operación podría acogerse al régimen fiscal de neutralidad contemplado en el capítulo VIII del título VII del TRLIS en las condiciones y requisitos exigidos en el mismo⁴.

³ CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, p.19.

⁴ Tal y como se encargó de precisar la Dirección General de Tributos en su contestación a la consulta núm. V1845-13 del 5 de junio de 2013 por la que la sociedad consultante solicitaba la comprobación administrativa sobre una operación de fusión realizada con el propósito de racionalizar el empleo de los

En un primer momento, la normativa mercantil se pronuncia en su segundo artículo⁵ respecto a su ámbito de aplicación, incluyendo dentro de él a todas aquellas sociedades consideradas mercantiles. De esta manera, en cuanto al régimen de fusión, quedarían amparadas por la presente legislación las sociedades mercantiles de capital (tanto las anónimas, como las limitadas, sociedad comanditaria por acciones y la sociedad europea domiciliada en España), así como las sociedades civiles con objeto mercantil y las sociedades personalistas (ya tengan objeto mercantil o no)⁶.

Apreciamos en este punto la primera discordancia con respecto a la regulación fiscal, la cual establece en su artículo 83.6 un ámbito de aplicación subjetivo de carácter extensivo⁷, de forma tal que no sólo se incluirán en el mismo aquellas sociedades consideradas mercantiles, sino también aquellas que, pese a carecer de esta forma jurídica, realicen operaciones con resultados similares a las de reestructuración reguladas en el TRLIS. Se refiere el legislador en el presente caso a las cajas de ahorros, así como a las entidades parcialmente exentas y a las sociedades agrarias de transformación⁸.

Cabe destacar en este asunto concreto la contestación de la DGT a la Consulta de 13 de Noviembre de 2009⁹. Dicha contestación manifiesta que, pese a la ausencia de forma mercantil de las cajas de ahorros, éstas son sujetos pasivos del IS de acuerdo con el art. 7 TRLIS. Como consecuencia, podrán verse afectadas estas entidades por el régimen contemplado en el capítulo VII del título VII TRLIS siempre que, respecto a las operaciones de fusión, en este caso concreto, cumplan con los requisitos contemplados para estas operaciones de reorganización en la LME. No obstante, la “equivalencia de resultados” a que se refiere el art. 83.6 TRLIS deberá extenderse a los aspectos que sean

recursos de un grupo, valorando si se cumplía o no con la exigencia del art. 96.2 TRLIS sobre motivos económicos válidos.

⁵ “La presente Ley es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución.

Las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, así como el traslado internacional de su domicilio social, se regirán por su específico régimen legal.”

⁶ CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones...*, ob. cit., pp. 66 y 67.

⁷ Dispone el TRLIS, en su art. 83.6 que: “el régimen tributario previsto en este capítulo será igualmente aplicable a las operaciones en las que intervengan sujetos pasivos de este impuesto que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en los apartados anteriores”.

⁸ CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones...*, ob. cit., pp. 247 y 248.

⁹ Consulta vinculante núm. 2510/2009 de 13 noviembre. En esta contestación concreta, la DGT estimó cumplidos los requisitos recogidos en el art. 83 TRLIS, considerando la operación como una fusión a efectos fiscales, y en consecuencia, susceptible de acogerse al régimen fiscal del capítulo VIII del Título VII del TRLIS, siempre y cuando se opte por el mismo y se cumplan las demás exigencias contempladas en su art. 96.

equiparables entre las sociedades mercantiles y el resto de entidades sin forma mercantil¹⁰

Una vez llegados a este punto, es necesario recordar que solo aquellas operaciones de fusión reguladas en la LME que encajen en las definiciones fiscales de fusión que establece el art. 83 del TRLIS podrán beneficiarse del régimen de neutralidad, siempre que la operación se realice por los motivos económicos validos recogidos en el art. 96 del TRLIS y cuando se ejerza la opción voluntaria de acogerse a dicho régimen conforme a las formalidades contempladas en el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

Por todo lo dicho anteriormente, procedemos a delimitar el concepto de fusión analizando las características coincidentes en ambas normativas:

De acuerdo con lo establecido en el art. 22 LME, la fusión se define como “aquella operación por la que dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan”.

Se contemplan normativamente distintos tipos de fusiones, centrándonos en las que a efectos fiscales nos interesan, destacan las fusiones reguladas en el art. 23 LME, coincidentes con lo dispuesto en los apartados a) y b) del art. 83.1 del TRLIS. Nos estamos refiriendo a la fusión por absorción en el primero de los casos, en la cual las entidades absorbidas se disuelven transmitiendo sus respectivos patrimonios sociales a otra entidad ya existente, la absorbente. Por otro lado, la fusión por creación de una nueva sociedad (art. 83.1.b), mediante la que dos o más entidades se disuelven transmitiendo la totalidad de sus patrimonios a otra sociedad surgida como consecuencia de la operación.

¹⁰ Véase a tal efecto lo dispuesto en la contestación a la consulta de la DGT analizada, cuando dispone que: “el apartado 6 del artículo 83 [...] tiene como única finalidad aclarar que el régimen especial de fusiones resulta también aplicable a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil [...] `siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en los apartados anteriores´. Esta precisión resulta oportuna pues dos entidades que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, como en el caso de las Cajas de Ahorros pueden llevar a cabo una operación de fusión como sucede en este supuesto, aunque, difícilmente, puedan cumplir con el requisito de `la atribución a sus socios de valores representativos del capital social´, como se indica expresamente en el artículo 83, apartado 1, pues, como es bien sabido, estas entidades no tienen socios”.

Como resultado de lo anterior, extraemos de los conceptos mercantiles y fiscales las siguientes notas características de toda operación de fusión: extinción de dos o más sociedades, que se disuelven sin liquidación de su patrimonio; transmisión en bloque y por sucesión universal de los activos y pasivos (patrimonio) de las sociedades disueltas a otra sociedad de nueva creación o ya existente; y, en consecuencia, constitución de la nueva sociedad o ampliación de capital de la absorbente, atribuyendo a los socios de las sociedades extinguidas acciones, cuotas o participaciones mediante la aplicación del tipo de canje, respetándose así los derechos que tuviesen en aquellas. El tipo de canje es un instrumento mediante el que se pretende fijar el número de títulos que ha de entregar la sociedad adquirente a los socios de las extinguidas en proporción a la participación de los socios en dichas sociedades extinguidas¹¹. Es por este motivo, por el que con carácter general este canje se realizará en especie, sin perjuicio de que, conforme a la Ley, pueda recurrirse a una compensación monetaria (que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas) para aquellos casos en los que se prevea que el número de acciones que deba atribuirse por título no resulte ser un número entero.

Por otro lado, cabe destacar la figura de la “fusión impropia”¹², que en la LME se corresponde con el art. 53, titulado “operación asimilada a la fusión” y que se contempla por la regulación fiscal en el art. 83.1.c). Se entiende como tal la operación en virtud de la cual una sociedad, que previamente poseía la totalidad de los valores representativos del capital social de otra, absorbe a ésta mediante la integración de su patrimonio y la disolución sin liquidación de la absorbida.

¹¹ CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones...*, ob. cit., p. 67.

¹² Denominación extraída de CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones...*, ob. cit., p.68.

2.2- Escisión

La función económica de la escisión es ardua y compleja¹³, y a priori parece chocar con la idea de concentración y reestructuración que veníamos destacando al desarrollar la operación de fusión. En efecto, a través de la escisión iniciamos un proceso de división y separación mediante el cual una sociedad transmite en bloque la totalidad (extinción de la sociedad) o parte de su patrimonio (subsistencia de la entidad), dividido en dos o más partes, a una o más sociedades beneficiarias ya existentes (por absorción) o nuevas (por creación). Ahora bien, sin perjuicio de que dicha operación constituye un medio apto para la división empresarial, también resulta aplicable igualmente para conseguir un proceso de concentración entre empresas.

Imaginemos el caso de tres sociedades distintas, las cuales realizan una escisión total dividiendo cada una la totalidad de su patrimonio en dos partes o ramas cada una (la actividad comercial de una parte, y la patrimonial e inmobiliaria por otro lado). En este caso estaríamos presenciando una conversión de tres antiguas sociedades en dos nuevas especializadas en distintos ámbitos, siendo por motivos competitivos, económicos o simplemente de reorganización estructural por lo que las operaciones de escisión juegan en la práctica mercantil un mecanismo útil para los procesos de concentración.

En la LME, la figura de la escisión aparece regulada en su Título III, artículos 68 a 80. Mediante este primer artículo la LME amplía el tradicional concepto que existía sobre la escisión incorporando una nueva modalidad a las ya conocidas, lo cual suma un total de tres tipos de escisión contemplados en la legislación mercantil: la escisión total, la parcial, y la nueva segregación.

2.2.1- Escisión total

Conforme al art. 69 de la LME, nos encontraríamos ante una operación de escisión total cuando se produzca la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en

¹³ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., "Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", en A.A.V.V., *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II. Contratos Mercantiles. Derecho Concursal*, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 615.

dos o más partes y transmitiendo cada una de éstas en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación, o bien que sea absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.

Dicho concepto de escisión total coincide con lo contemplado a efectos fiscales en el art. 83.2.1º.a), de tal manera, que las notas características de este tipo de operaciones serían las siguientes: división del patrimonio social de una entidad en dos o más partes; transmisión en bloque por sucesión universal de cada una de estas partes a dos o más sociedades ya existentes o de nueva creación como consecuencia de su disolución sin liquidación; y participación de los socios de la sociedad extinguida, conforme a una regla de proporcionalidad¹⁴, en el capital de las sociedades beneficiarias, y en su caso de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal, o a falta de éste, de un valor equivalente deducido de su contabilidad.

2.2.2- Escisión parcial

Una segunda modalidad es la relativa a la escisión parcial de la sociedad, contemplada en el art. 70 LME y que se diferencia de la anteriormente explicada en que aquí no nos encontramos ante la extinción ni disolución de la sociedad escindida. La escisión parcial supone la transmisión en bloque y por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de la sociedad que se escinde, que constituyan “unidades económicas”, a favor de una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes y, a cambio, recibirán los socios de la escindida acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias en proporción a la participación que venían disfrutando en la escindida, la cual deberá reducir su capital social en la cuantía necesaria.

¹⁴ Mediante esta regla de proporcionalidad se garantiza que el patrimonio que posean los socios de la sociedad que se extingue sea el mismo antes y después de la realización de la escisión. Esta proporcionalidad podrá ser **cuantitativa** y **cualitativa**. La primera siempre deberá darse si queremos hablar de una operación de escisión, de forma tal que, si el valor económico de la participación de un socio antes y después de la escisión no es igual, con independencia de en qué empresas participe, no se cumpliría el propio concepto de escisión mercantil. Hablamos de proporcionalidad cualitativa cuando todos los socios tengan una participación en cada una de las sociedades beneficiarias en proporción igual a la que disfrutaban en la sociedad escindida. De acuerdo con el art. 76 LME, no será necesaria la observación de dicha proporcionalidad cualitativa siempre que se cuente con el consentimiento individual de los afectados. En este último supuesto nos encontramos ante “escisiones no proporcionadas” recogidas en el art. 83.2.2º del TRLIS, el cual exige que, para que este tipo de escisiones puedan acogerse al régimen especial fiscal, los patrimonios transmitidos deberán constituir **ramas de actividad**.

Coincidiría de nuevo el concepto mercantil con el reconocido en el art. 83.2.1º.b) del TRLIS si no fuera por la expresión “rama de actividad” que en la normativa fiscal sustituye al de “unidad económica” que contempla la regulación mercantil. Cabe destacar esta ligera controversia conceptual, ya que no parece ninguna equivocación del legislador, el cual era perfectamente consciente de la necesidad de que, la operación de escisión debía cumplir con los requisitos del art. 70 LME, pero que a su vez, sino consistía la parte del patrimonio social objeto de transmisión en una “rama de actividad” la operación de escisión en cuestión no podría gozar del régimen especial de diferimiento contemplado en el TRLIS.

La discrepancia o equivalencia entre el término mercantil “unidad económica” y el fiscal “rama de actividad” es un ya clásico debate entre juristas con el propósito de encontrar una interpretación que, adecuándose al espíritu normativo, permita conciliar y complementar ambas expresiones para delimitar aquellas operaciones que puedan acceder al régimen especial fiscal del TRLIS.

En un primer momento descartamos encontrar ningún tipo de definición en la normativa mercantil LME, que sólo menciona la unidad económica, en los arts. 70.1 y 71, referentes a la escisión parcial y a la segregación respectivamente, como un requisito que debe cumplir todo bloque patrimonial transmitido. Debido a este silencio normativo resulta recomendable desplazarnos al ámbito fiscal para arrojar luz sobre la cuestión.

La definición que para nuestro contenido conviene sopesar, y la única que encontramos dentro de la regulación interna, es la referente a la expresión de “rama de actividad”, recogida en el artículo 83.4 del TRLIS, el cual la define como el conjunto de elementos patrimoniales capaces de funcionar por sus propios medios como una unidad económica autónoma apta para el desarrollo de una explotación económica sin requerir de ninguna ayuda. Coincide esta definición con el concepto que pretende hacerse llegar desde la Unión Europea a los distintos Estados miembros en lo que a dicha materia concierne.¹⁵

La solución a este conflicto puede suponer conclusiones de consecuencias muy variadas, unas consecuencias que la AN tuvo en consideración en su Sentencia de 16 Febrero de 2011, y que nosotros sucintamente resumiremos:

¹⁵ Consúltese, en relación con este asunto, el sentido de la expresión de rama de actividad en virtud de lo dispuesto en la Directiva comunitaria 2009/133/CE del Consejo en su art. 2. j): “el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”.

En lugar de pronunciarse y zanjar definitivamente la equiparación o distinción entre ambos conceptos, la AN manifiesta su preocupación por la falta de motivación de muchas consultas de la DGT y pronunciamientos del TEAC. Es más que apreciable la tendencia de la Administración tributaria por justificar, no con una argumentación muy convincente, el distinto significado entre “unidad económica” como requisito mercantil y “rama de actividad” como noción tributaria¹⁶. Una postura adoptada tradicionalmente por la Administración, con la intención de afirmar su capacidad de calificación en este punto. Y es que, efectivamente, y como nos recuerda la AN, una equiparación absoluta entre ambos conceptos deslegitimaría a la Administración tributaria para pronunciarse sobre qué patrimonios, objeto de transmisión, cumplen o no con la condición de rama de actividad. Estaríamos así mismo, en palabras de la AN, ante una “norma tributaria en blanco para cuya comprensión ha de acudir necesariamente a definiciones y conceptos propios de la normativa mercantil y su sistema de fuentes”. Como consecuencia de lo anterior, una vez la operación de escisión parcial haya sido inscrita en el Registro Mercantil, cumpliendo consecuentemente los requisitos de unidad económica de la LME, cumpliríamos ya con los presupuestos necesarios para la aplicación del régimen fiscal especial, privando de utilidad los preceptos que en la normativa fiscal se pronuncian sobre la rama de actividad (83.2.1º.b), 83.3, y sobre todo el 83.4) lo cual no parece que respete mucho el espíritu de la norma ni la intención del legislador.

Sin adentrarnos más en esta materia, y dejando atrás una discrepancia cargada de doctrina y jurisprudencia contradictoria y oscura, concluimos este debate sobre el contenido de ambos conceptos de la forma más práctica posible. Y es que, a día de hoy, sólo acudiendo a la consulta previa de los órganos administrativos contemplada en el art. 88 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) podrá el contribuyente hacer frente a la confusión que conlleva la presencia de conceptos jurídicos indeterminados tales como los que acabamos de describir.

No obstante hay que tener en consideración que la mayoría de las consultas de dichos órganos administrativos no son vinculantes y que, como en los próximos capítulos de este trabajo abordaremos, las contestaciones de la DGT no constituyen fuente del

¹⁶ Resolución del TEAC de 19 enero 2007.

derecho, siendo susceptibles de ser revisadas y modificadas posteriormente por los órganos judiciales¹⁷.

2.2.3- Segregación

A continuación, y por lo que respecta a la segregación como tercera modalidad de escisión (art. 68 LME) comenzamos destacando que fue recogida en el Derecho sustantivo dentro de nuestro ordenamiento jurídico por primera vez en la LME, en cuyo preámbulo se recoge que: “en materia de escisión, sobresale el ingreso en el Derecho sustantivo de sociedades mercantiles de la figura de la segregación, junto con las ya reguladas operaciones de escisión total y parcial [...]”. No obstante, pese a la tardanza del legislador español en dotar a esta figura de carácter propio dentro del ámbito mercantil, lo cierto es que ya se venía desarrollando en la práctica con bastante frecuencia en las operaciones de reestructuración empresarial.

De acuerdo con el contenido del art. 71 de la LME¹⁸ nos encontramos, estrictamente, ante una tercera modalidad de escisión, que, a primera vista resulta claramente aproximarse a los rasgos de la escisión parcial, y esto es así porque el citado artículo caracteriza este tipo de escisión por la subsistencia de la sociedad escindida (a diferencia de lo que sucede en los supuestos de escisión total, donde se produce la extinción de la sociedad originaria) y por exigir que la parte del patrimonio segregado constituya una “unidad económica”, todas éstas, notas características de las escisiones parciales. No obstante, existe un principal rasgo configurador de las operaciones de segregación, que además es el que nos permite su diferenciación frente a las escisiones parciales, y que no es otro que el imperativo contemplado en la ley de que las participaciones recibidas en contraprestación por el patrimonio segregado se atribuyan a la propia sociedad escindida. De esta manera, en la contabilidad de la sociedad no se da más que un cambio cualitativo, es decir, las acciones, participaciones o cuotas ocuparán

¹⁷ DURO HERNÁNDEZ, L. y ESPINOSA VALTUEÑA, E., “Dualidades en la interpretación del concepto de rama de actividad, en sede del IS y del IVA”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7/2011 parte Comentario, Aranzadi, SA, Pamplona, 2011, p.7.

¹⁸ Dicho art. dispone que: “se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.”

el lugar del patrimonio segregado, sin necesidad de realizar una reducción de capital social y reservas como sucedería si dichas participaciones tuvieran que atribuirse obligatoriamente entre sus socios tal y como sucede en las escisiones parciales.

La inserción de la segregación dentro de la legislación mercantil no obligó a introducir ninguna modificación en el TRLIS, puesto que dichas operaciones se contemplaban ya en el mismo bajo la denominación de aportaciones de rama de actividad o aportaciones no dinerarias especiales. Por lo tanto, el hecho de que la segregación no aparezca contemplada en la normativa fiscal bajo esta específica denominación no implica que esté privada de poder optar por el régimen fiscal de diferimiento que en ella se desarrolla. Atendiendo al requisito relativo a que el bloque patrimonial transmitido constituya o no una unidad económica podemos equiparar o diferenciar los efectos de la segregación a los de otras figuras afines.

Así por ejemplo, cuando el bloque patrimonial transmitido forma una unidad económica podemos encontrarnos ante una aportación de rama de actividad recogida en el art. 83.3 TRLIS equiparable a la segregación (siempre que dicho elenco patrimonial transmitido cumpla también con la condición de rama de actividad según la definición del art. 83.4), nos encontraríamos pues, dentro del ámbito de aplicación del régimen fiscal especial. En caso contrario, si el patrimonio objeto de transmisión no constituyese una unidad económica independiente, la operación también podría ser susceptible de acogerse a dicho régimen como una aportación no dineraria especial, siempre que cumpla los demás requisitos que fiscalmente se exigen para esta figura en el art. 94 TRLIS.

Como se ha venido explicando en las líneas anteriores, el concepto fiscal de escisión incluye tanto la figura de la escisión total y parcial en sus artículos 83.2.1º a) y b) respectivamente, completando la definición que en la legislación mercantil se recoge para que dichas figuras sean susceptibles de acogerse al régimen fiscal especial de diferimiento. Así mismo, la operación mercantil de segregación, también puede optar por la aplicación de dicho régimen, equiparándose a las figuras de aportación no dineraria especial o aportación de rama de actividad contempladas en la legislación fiscal.

2-3- Aportaciones de activos

La Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre procedió a codificar, como bien indica en su considerando (1): “en aras de una mayor racionalidad y claridad” la, ya conocida, Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de Julio de 1990, modificada en diversas ocasiones de forma sustancial. Es en esta modificación donde la normativa comunitaria recoge lo que el ordenamiento interno entiende como aportación de rama de actividad, concretamente, define lo que constituye “aportación de activos” en el art. 2.d) de la Directiva 2009/133/CEE¹⁹.

Por su parte, el art. 83.3 del TRLIS recoge las notas características de la operación que denomina “aportación no dineraria de ramas de actividad”, cuyos rasgos y contenido coincide con la definición de “aportación de activos” proporcionados por la normativa comunitaria.

Extraemos a partir de aquí las notas diferenciadoras de la aportación de activos (que a partir de ahora denominaremos aportación de ramas de actividad, de acuerdo con la regulación interna) con respecto a las restantes operaciones de reestructuración empresarial ya explicadas. Así, a diferencia de la escisión total, sucede, como en la escisión parcial, que la sociedad originaria que realiza la transmisión de una o más ramas de actividad no se extingue. Recordamos que el contenido al que aquí se refiere la norma por rama de actividad hace referencia a un concepto más amplio que el definido en la legislación mercantil como “unidad económica”. No obstante lo anterior, difiere también con la operación de escisión parcial en tanto en cuanto, la aportación de ramas de actividad supone la entrega de las acciones o participaciones, que se entregan a cambio de la aportación del patrimonio, a la propia sociedad escindida y no a sus socios.

Por todo lo anteriormente dicho, resulta inevitable comparar los preceptos fiscales de la Directiva y del TRLIS, mencionados *supra*, con la figura de la segregación, que como ya hemos indicado en anteriores ocasiones, la LME identifica como un tercer género de escisión, sometiendo en consecuencia su régimen jurídico a lo dispuesto en el Capítulo II del Título III de la LME: “Régimen legal de la escisión”

¹⁹ “La operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación.”

Sin ánimo de incidir en una cuestión que lleva preocupando a un gran número de juristas²⁰ (Cerdá Albero, Alonso Ledesma, José Javier García Ross o Álvarez Rollo-Villanova entre otros) desde la entrada en vigor de la LME, cerramos el estudio de esta última operación de reestructuración empresarial reafirmando en la equiparación de la operación mercantil de segregación con la figura contenida en el art. 83.3 TRLIS sobre aportación no dineraria de ramas de actividad²¹, siempre que el conjunto patrimonial segregado y transmitido sea susceptible de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica (rama de actividad). De tal forma que, cumpliendo con las exigencias adicionales que indica el art. 96 TRLIS referentes a la opción y a los motivos económicos válidos, puedan unirse a la aplicación del régimen fiscal especial. O bien, en caso de no darse los requisitos expuestos para encontrarnos ante una rama de actividad, la opción a dicho régimen podrá orientarse por las llamadas aportaciones no dinerarias especiales del art. 94 del TRLIS.

²⁰ GARCÍA ROSS, J.J., “Las reestructuraciones empresariales: aspectos fiscales de la segregación.”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 12/2010 parte Estudio, Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, pp. 6 y ss.

²¹ CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones...*, ob. cit., pp. 215 y 216.

CAPÍTULO II: LA REACCIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO FRENTE A LOS PROBLEMAS DE ELUSIÓN Y EVASIÓN FISCAL DENTRO DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

1- MECANISMOS DE LEGALES FRENTE AL FRAUDE Y EVASIÓN FISCAL: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA CLÁUSULA ANTIELUSIVA DEL ARTÍCULO 96. 2 DEL TRLIS

Las operaciones de concentración y reestructuración empresarial analizadas gozan de un especial régimen de diferimiento que responde a la intención de una fiscalidad neutral que no dificulte ni promueva la realización de dichas operaciones por motivos puramente fiscales. Pero por desgracia nos encontramos ante un objetivo de difícil consecución. Muchas veces, sujetos intervinientes en este tipo de operaciones, movidos por un interés económico, realizan una operación de este tipo (fusión, escisión, aportación de ramas de actividad,...) cuando en realidad se pretende realizar otro tipo distinto de negocios pero aprovechándose de la fiscalidad favorable que contempla la Directiva. Estamos ante una figura de abuso de Derecho que, como se ha señalado en la doctrina civil española, supone la utilización de un instituto (operación de reestructuración) al límite de los fines para los cuales está institucionalmente destinado.²²

La lucha contra el fraude y la evasión fiscal ha constituido y constituye una de las principales preocupaciones de la Unión Europea y de sus Estados miembros²³. Es por este motivo que podemos encontrar dentro de los ordenamientos jurídicos internos distintas técnicas normativas y jurisprudenciales que pretenden evitar, por parte de los contribuyentes, un abuso en el derecho y en las formas jurídicas de tal manera que eludan su obligación para con el Estado de bienestar, como es el pago de impuestos, acogiendo injustamente a un régimen de diferimiento fiscal cuando en realidad debieran tributar por el procedimiento genérico.

²²PITA GRANDAL, A. M. Y ANEIROS PEREIRA, J., “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica tributaria*, num. 144/2012, IEF, Madrid, 2012, pp. 111-148.

²³A tal efecto puede consultarse el reciente Informe del Parlamento Europeo sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales, (2013/2060(INI)), de 3 de mayo de 2013.

Entre estos mecanismos antifraude destacamos dentro de nuestro ordenamiento jurídico la cláusula antielusiva general, contenida en el art. 15 LGT bajo la denominación de “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, referida, al fraude de la Ley tributaria. Es considerada una cláusula antielusiva de carácter general, o *General Anti Avoidance Rule* (GAAR) dentro de la terminología anglosajona, porque permite a la Administración tributaria su aplicación en cualquier supuesto para evitar la pérdida de recaudación que se produce con los comportamientos elusivos del tributo²⁴.

Así mismo, en nuestra legislación existe una cláusula antielusiva de carácter especial, caracterizada precisamente por tener un presupuesto previsto para un caso particular como son las operaciones de concentración y reestructuración contenidas en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS (en concreto las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de activos y canje de valores). Nos estamos refiriendo a la cláusula recogida en el art. 96.2 del TRLIS. Este artículo pretende recoger, con algunas variaciones sustanciales, el contenido del art.11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio, recientemente sustituido por la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre, en su art. 15.1.a), pero que conserva, en lo principal, su redacción y su espíritu.

De acuerdo con dicho precepto, se faculta a los Estados miembros para que se nieguen a aplicar las disposiciones comunes referentes al régimen fiscal de las operaciones de reestructuración siempre que en ellas se dé un objetivo relacionado con el fraude o la evasión fiscal. Para facilitar dicha interpretación añade que el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos puede suponer una presunción de que lo que se persigue es verdaderamente un fraude o evasión fiscal. En esto difiere el legislador español cuando, a la hora de transponer el contenido de este art. 15.1.a) de la Directiva en el art. 96.2 del TRLIS²⁵, reconoce la ausencia de motivación económica válida como un supuesto de fraude o evasión fiscal en lugar de una presunción.

Con esta redacción, que transcribe el contenido del art. 110.2 de la antigua Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades²⁶ mediante el que se introdujo por primera vez dentro de

²⁴ PITA GRANDAL, A. M. Y ANEIROS PEREIRA, J., “La cláusula antiabuso...”, ob.cit., p. 119.

²⁵ “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 [...] sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”.

²⁶ A través de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, procede el legislador español a reformar el contenido del art. 110.2 de la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, sobre el Impuesto de Sociedades y cuya última redacción aparece recogida en el art.

nuestro ordenamiento el concepto de “motivos económicos válidos”, se realiza una mala transposición de la Directiva modificando el sentido de ésta, de tal manera que, bajo el precepto español, toda operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores tendrán que motivar que en su caso concurren motivos económicos de trascendencia suficiente para desvirtuar una posible intención defraudadora por parte de los intervinientes.

Desde esta perspectiva, que la clausula antielusiva del art. 96.2 del TRLIS nos ofrece sobre los motivos económicos válidos como una especie de requisito indispensable para la aplicación del régimen fiscal especial, es comprensible que entre nuestra doctrina y jurisprudencia exista la tendencia de asimilar la ausencia de motivos válidos con abuso o fraude, así como contraponer la motivación fiscal con la “motivación económica válida”, ya que al equiparar en el mencionado artículo la finalidad de una “ventaja fiscal” con la ausencia de motivos válidos se está desconociendo que, el propio motivo fiscal puede ser una razón económica de peso para estructurar la operación de una forma u otra sin necesidad de encontrarnos ante fraude o abuso mientras la utilización de dichos negocios no sea artificiosa o impropia para el resultado perseguido²⁷.

De lo que acabamos de mencionar deducimos que existe una gran inexactitud o vaguedad entre algunos conceptos económicos y fiscales de vital importancia, que como Simón Acosta²⁸ señala, ha provocado un autentico caos terminológico donde campan a sus anchas vocablos como defraudación, fraude, elusión, evasión, planificación, ingeniería fiscal, etc. Es por lo tanto necesario que nos adentremos a analizar y diferenciar alguno de estos conceptos que las operaciones de reestructuración tales como fusiones, escisiones, aportaciones de activos o canje de valores tienen que afrontar si quieren optar al régimen fiscal de diferimiento.

96.2 del R.D. Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS).

²⁷ En esta línea se pronuncia MARTÍN JIMENEZ, A.J., “Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea.”, *Quincena Fiscal Aranzadi* num. 7/2012, Aranzadi, SA, Pamplona, 2012, pp. 33 y 34.

²⁸ SIMÓN ACOSTA, E., “Del fraude de ley al conflicto en la aplicación de las normas tributarias”, *Economía, Derecho y Tributación. Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005, p.820.

2- PRINCIPALES CONFLICTOS ENTRE LOS FENÓMENOS DE ELUSIÓN Y EVASIÓN FISCAL DENTRO DE LA DOCTRINA TRIBUTARIA. RELACIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES.

2.1- Aproximación terminológica y criterios doctrinales de delimitación

En un primer momento tendremos que centrar nuestra atención en que, el fenómeno económico y jurídico de la elusión fiscal, es una cuestión en la que nos encontramos con multitud de análisis de distintos autores que se contradicen entre sí. No obstante, muchos de ellos coinciden en emplear un término de significado más amplio en el que estaría incluido el propio concepto de elusión. Nos referimos al genérico término de evasión, difícil de precisar y diferenciar con respecto a la elusión, debido al uso indiscriminado de los respectivos vocablos por algunos autores, lo cual ha generado posiciones contrarias dentro de la doctrina²⁹.

Efectivamente, si acudimos a la definición que encontramos en la RAE del término evasión, descubrimos que, en su segunda entrada lo presenta como “eludir con arte o astucia una dificultad prevista” y a su vez eludir sería evitar un problema u obligación con astucia. Nos movemos ante conceptos que podrían pasar casi perfectamente por sinónimos, es por eso que tenemos que centrarnos en el sentido que han ido adquiriendo en el ámbito tributario.

Es dentro de este contexto donde nos encontramos con un gran esfuerzo doctrinal por delimitar ambos conceptos coincidiendo muchos de ellos en impregnar la evasión fiscal de un carácter ilícito e intencional, asemejándolo a las conductas reprochables por las que el contribuyente trataría de evitar que se desplieguen las consecuencias de la obligación tributaria ya nacida. En cambio, esto no ocurriría dentro del ámbito de la elusión, que supondría la evitación del supuesto de hecho productor del nacimiento de la obligación tributaria mediante la utilización de medios legales.

²⁹ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A., *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: Economía de opción, autonomía de voluntad y causa en los negocios*, Aranzadi, 2007, Pamplona, p.33.

En armonía con esto, resulta muy ilustrativa para nuestro objetivo la clasificación de las conductas del contribuyente que González García³⁰ realiza en aras de precisar los conceptos de elusión y evasión. De acuerdo con este autor, la conducta que a su juicio constituye el prototipo de elusión sería aquella tendente en el cese de la actividad o del consumo para no pagar el impuesto (no nacería en este caso el supuesto de hecho generador de la obligación tributaria), mientras que la de quien oculta total o parcialmente los actos o hechos que originan la obligación de contribuir se identificaría con la evasión fiscal. Como tercer género distingue entre aquellos que eligen vías menos o nada gravadas para obtener un resultado económico equivalente al que la ley pretende gravar. Es en este tercer género en el que distingue entre aquellas conductas que persiguen el objetivo de una menor tributación pero vulnerando la *ratio legis* de la norma (fraude de ley), y por otro lado, la opción por el camino menos gravoso sin entrar en conflicto con ningún precepto en concreto, lo cual identificamos con la economía de opción.

Por último, conviene hacer referencia al trascendente Informe sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales³¹ de 3 de mayo de 2013, mencionado *supra*. Sin adentrarnos en las medidas que se proponen para combatir estas figuras, nos remitimos a las definiciones, bastante genéricas y vagas, pero que viene coincidiendo con lo explicado en las precedentes líneas. De esta manera se recoge, en uno de sus considerandos iniciales que “el fraude y la evasión fiscales constituyen una actividad ilegal de elusión de responsabilidades fiscales, mientras que, por otra parte, la elusión fiscal es una utilización legal pero indebida del régimen tributario para reducir o evitar responsabilidades fiscales [...]”.

Una vez entendemos que dentro del contexto tributario el concepto de elusión no implica un incumplimiento de la obligación tributaria, es decir, una evasión, conviene que nos centremos en distinguirlos de otras figuras relacionadas directamente con ambos conceptos como son la simulación, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria o fraude fiscal, la economía de opción y la ventaja fiscal.

³⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, E., “La calificación del fraude en los procedimientos de gestión e inspección”, *ponencia al XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Asesores Fiscales en Salamanca*, 1995, p. 2.

³¹ Mediante este Informe (2013/2060(INI)), elaborado por la Comisión de asuntos Económicos y Monetarios, insta el Parlamento Europeo a los Estados miembros a dotar a sus administraciones tributarias nacionales de los medios necesarios para luchar contra el fraude, la evasión y elusiones fiscales, así como contra la planificación fiscal agresiva, los cuales, de acuerdo con el primer considerando de dicho informe, suponen la cifra estimada de un billón de euros, que cada año, dejan de recaudarse en la Unión Europea.

2.2- Especial relación entre evasión fiscal y la figura de la simulación

La evasión se relaciona con la figura de la simulación. Efectivamente existe en la evasión una obligación tributaria que deja de cumplirse mediando ocultación, y ocurre también que, mediante la simulación, se evita pagar la deuda tributaria a través de la configuración de una realidad no querida por las partes (disimulada) que oculta otra realidad querida (simulada). No resulta una mera elusión, sino la configuración de una realidad inexistente que oculta, normalmente, otra querida³².

La función que se atribuye a la simulación tributaria sería la misma que al resto del ordenamiento jurídico, siendo en la práctica los negocios jurídicos bilaterales el ámbito en el que más casos de simulación se producen. Concretamente en los referidos al cambio de titularidad de bienes y de algunas explotaciones económicas. Nos encontramos en este campo con supuestos de simulación absoluta, uno de los dos contemplados por nuestra legislación, de tal manera que en estos casos no tendría lugar la transmisión de ningún bien ni negocio, sino que simplemente sería esa la apariencia jurídica que se pretende a través de documentos formales. Más frecuentes son todavía los casos de simulación relativa, el segundo tipo recogido en nuestro ordenamiento, de manera que se encubriría bajo una forma falsa (por ejemplo una compraventa) la verdadera naturaleza jurídica del acto realizado por las partes (donación onerosa).

Procedería en el primero de los casos, y en aplicación del art. 1276 del CC, declarar la nulidad del acto o negocio. En la segunda, en cambio, se procede a la verdadera calificación jurídica y a aplicar la norma tributaria que regula el acto o negocio querido, de acuerdo al artículo 16 LGT³³.

No podemos evitar, dentro de este comentario a la evasión y a la simulación en el Derecho tributario, relacionar esta figura de ocultación y encubrimiento con la de fraude fiscal o “conflicto en la norma tributaria” contenido en el art. 15 LGT. De esta figura antielusiva, modificada recientemente por nuestro legislador, nos centraremos más adelante, considerando más apropiado analizar los elementos que la caracterizan para diferenciarla con la economía de opción, la ventaja fiscal o los métodos económicos válidos, términos que son relativamente recientes y que suponen una dificultad a la hora

³² SÁNCHEZ HUETE, M.A., “Hacia una planificación fiscal socialmente responsable. La planificación ultrafiscal”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, num.7/2010 parte Estudio, Aranzadi SA, Pamplona, 2010, p12.

³³ SÁNCHEZ HUETE M.A, “Hacia una planificación...” ob. cit., p.13.

de delimitar la frontera entre lo lícito y lo ilícito dentro de la autonomía privada de los contribuyentes.

De momento nos limitaremos a diferenciar el fraude de ley con respecto a la simulación. De tal manera que mediante el fraude de ley, contemplado en el art. 15 LGT, se persigue anular o disminuir considerablemente la carga fiscal utilizando un negocio jurídico válido que no tiene otra finalidad económica relevante que no sea la del ahorro fiscal. Se distingue no obstante con la simulación en que no estamos ante un engaño ni una ocultación, no se disfraza la realidad bajo una forma falsa, sino que, habrá un negocio realmente celebrado pero carente de motivación válida distinta de la ventaja fiscal al que se acude para eludir otro acto que supondría una tributación más gravosa³⁴.

2.3- La elusión fiscal y su vínculo con las figuras de economía de opción, fraude de ley y ventaja fiscal: problemas de delimitación y valoración

Como ya sabemos, las características propias de la elusión fiscal son abstenerse o evitar que se realice el hecho imponible, se trata de renunciar a realizar una capacidad económica determinada sujeta a gravamen. En este sentido afirmamos que el fenómeno de la elusión fiscal se relaciona con dos instituciones: a saber con el fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria y con la economía de opción. No obstante, como adelantábamos *supra* con el autor González García³⁵, si la primera de las figuras responde a una conducta ilícita y reprochable por parte del contribuyente, no acontece así lo mismo cuando hablamos de la economía de opción.

La economía de opción, tal y como ha sido tradicionalmente conocida y denominada en nuestra doctrina, o, en términos más modernos la “planificación fiscal”, desde que así fue rebautizada por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, en su Informe del año 1980³⁶, representa la libertad que posee el contribuyente para que, al amparo de la

³⁴ PITA GRANDAL, A. M. Y ANEIRO PEREIRA, J., “La cláusula antiabuso...”, ob.cit., p.121.

³⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, E., “La calificación del fraude...”, ob.cit., p. 2.

³⁶ En dicho informe la OCDE distingue el “fraude fiscal” frente a la “planificación fiscal” considerando al primero como aquella acción del contribuyente que viola la normativa fiscal, de tal manera que pueda probarse que su intención era la de evitar deliberadamente el impuesto. Frente al fraude establece que la “planificación fiscal” es una conducta legal y legítima, ya que todo contribuyente tiene derecho a organizar sus negocios de la forma más económicamente favorable, incluso a nivel tributario.

autonomía de la voluntad, elija la forma negocial que le permita un mayor ahorro de impuestos³⁷.

El problema al que nos encontramos en tales casos es el de admitir estas formas como motivación económica de carácter suficiente cuando en realidad nos encontramos ante actos u operaciones con una finalidad principalmente fundada en el ahorro fiscal, lo cual hace que nos cuestionemos si verdaderamente estamos ante el supuesto de hecho recogido en la cláusula antiabuso del art. 96.2 TRLIS, que dispone que “ el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos [...] sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.”

Parece claro que si la normativa tributaria se refiere expresamente al concepto de “ventaja fiscal” sea éste y no el de planificación fiscal o economía de opción el que sea repudiado por el legislador, por eso consideramos que el primer paso sería distinguirlos.

Si acudimos en esta materia a la referencia comunitaria por excelencia como son las Directivas 1990/434/CEE y su posterior modificación mediante la Directiva 2009/133/CE, vemos que no hacen referencia a dicha expresión dentro de su contenido³⁸.

Para hacernos una idea más concreta del término de ventaja fiscal que nuestro legislador optó por incorporar en la cláusula antiabuso del art. 96.2 del TRLIS debemos acudir al art. 15 de la LGT. De la lectura de dicho artículo podemos deducir que se logra una ventaja fiscal en aquellos casos en los que se evita total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minorra la base o la deuda tributaria³⁹. Distinto es cuando este artículo continúa describiendo una serie de circunstancias bajo las que se darían dichas ventajas, de tal manera que si concurren éstas nos encontraríamos ante el supuesto de “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, una nueva figura incorporada por la LGT y que, como bien indica en su exposición de motivos, se refiere al “fraude de ley” en materia tributaria. Analizando lo anteriormente dicho, extraemos que, de acuerdo con el art.15 de la LGT, constituirá fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria aquellas ventajas fiscales que se consigan mediante actos o negocios en los

³⁷ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A., *los motivos económicos...*, ob. cit., p.222.

³⁸ Efectivamente, en ambas directivas se legitima a los Estados miembros a los que van dirigidas, a rechazar el beneficio de la aplicación de los preceptos en ellas contenidas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal. Dicha mención aparecería recogida en el art. 11.1.a) de la Directiva 1990/434/CEE, así como en el art. 15.1.a) de la Directiva 2009/133/CE.

³⁹ CALVO VÉRGEZ, J., “Fusiones y escisiones en el impuesto de sociedades: cuestiones conflictivas”, *Carta Tributaria*, num. 18/2011, 2ª quincena de Octubre, Edición Fiscal CISS, Valencia, 2011, Pág. 20

que concurren circunstancias tales como: la consideración, de forma individual o en conjunto, de dichos actos como “notoriamente artificiosos” o “impropios” para el objetivo que se persigue; además de que, de su utilización no se generen “efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.”

En cuanto a las operaciones societarias de reestructuración se refiere, podría originarse por lo tanto una ventaja fiscal en el sentido del art. 15 LGT cuando, por ejemplo, justamente después de la aplicación del régimen fiscal especial, la intención de los partícipes sea la de transmitir directa o indirectamente el patrimonio; o también cuando, con motivo de la realización de una serie de operaciones encadenadas, con la intención de acogerse a dicho régimen fiscal, se vulneren algunos de sus requisitos sustanciales. No obstante, pese a que la propia aplicación de este régimen especial conlleve a unos beneficios fiscales como son el diferimiento en la tributación, la compensación de bases imponibles, o la subrogación de los derechos, esta aplicación no constituirá por sí sola una ventaja fiscal.

Resulta evidente que siempre que aplicamos el régimen fiscal de diferimiento contenido en el TRLIS nos encontramos ante una ventaja fiscal *lato sensu*, es decir, en un sentido amplio considerada como beneficio o provecho, y que, concluyendo en la explicación, consideramos no es el significado que nuestro legislador quiso darle cuando tal expresión fue introducida en el art. 96.2 del TRLIS. De haber sido así, en dicho precepto normativo solo se hubiera incorporado la primera condición relativa a la inexistencia de motivos económicos válidos, para la inaplicación del régimen especial, ya que siempre existiría una ventaja fiscal⁴⁰.

Una vez hemos analizado estos términos de difícil delimitación conceptual lo primero que hacemos es relacionar y diferenciar dos de las figuras ya tratadas: a saber economía de opción y fraude fiscal. Tales conceptos tienen en común elementos como: la concordancia entre lo formalizado y la realidad, el que con su utilización no se va en contra de la letra de la ley, y que ambos persiguen la consecución de un ahorro tributario. No obstante divergen en todo lo demás: destaca Clemente Checa González⁴¹, en lo referente a esta desigualdad, el elemento intencional como la diferencia principal.

⁴⁰ CALVO VÉRGEZ, J., “Fusiones y escisiones...”, ob. cit., p. 20.

⁴¹ CHECA GONZÁLEZ, C. “Comentario al art. 96 del Texto refundido de la Ley de Impuesto sobre Sociedades: inaplicación del régimen fiscal especial”, *Impuesto sobre Sociedades: Regímenes Especiales*, Aranzadi SA, 2008, p.6

Mientras, José Larraz⁴² se centra más en la separación del espíritu de la Ley que se consigue mediante el fraude y que en cambio no se daría con la economía de opción.

Es decir, nos encontraríamos, en cuanto a la institución de fraude, ante una conducta que pretende alejarse del espíritu de la norma tributaria sin una ocultación propiamente dicha, como en la simulación, pero que, mediante el empleo forzoso de unos negocios, a los que no se habría acudido si no fuese con una intención de ahorro fiscal, se busca precisamente eludir el pago de la operación que normalmente se usaría. Se destaca esa intención principal por el contribuyente de eludir el impuesto, que se manifiesta en un abuso de las posibilidades de conformación jurídica y un propósito de eludir el pago del tributo, elementos que la mayoría de la doctrina han puesto de relieve para diferenciar el fraude con respecto a la economía de opción. Como consecuencia, en esta última no se llevaría a cabo ninguna maniobra de elusión, sino que simplemente se estaría eligiendo una determinada operación por razones fiscales. Es por consiguiente, la economía de opción, una figura perfectamente lícita, legítima y legal.

En las contestaciones a consultas realizadas por la DGT, pronunciamientos del TEAC y en las sentencias de los órganos judiciales, como en el próximo capítulo tendremos ocasión de demostrar, existen divergencias a la hora de interpretar y aplicar la cláusula antiabuso del art. 96.2 del TRLIS. De acuerdo con la doctrina del TJCE⁴³, y como también ha reconocido la AN⁴⁴, la norma antifraude debe ser únicamente de aplicación excepcional, presumiéndose que en todo negocio celebrado bajo el principio de la autonomía de la voluntad concurren los motivos válidos que exige la normativa tributaria. Lo que abriría la puerta a la utilización de dicha cláusula es el objetivo de fraude o evasión fiscal, un objetivo que no cabe presumir, sino que debe ser acreditado por la Administración.

Nada de esto, en cambio, se percibe de forma clara en la doctrina administrativa ni en la jurisprudencia, sino que lejos de lo anteriormente dicho, nos encontramos con interpretaciones variadas y contradictorias, fruto de la indeterminación jurídica que caracteriza la combinación de términos recogidos en la cláusula antielusiva del art.96.2 del TRLIS.

⁴² LARRAZ, J., “Metodología aplicativa del Derecho Tributario”, *Revista de derecho privado*, EDERSA, Madrid, 1952, pp. 49 y ss.

⁴³ Véanse a tal efecto: la Sentencia del TJCE, de 17 de julio de 1997, Caso A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, (asunto C-28/95). Así como la Sentencia del TJCE, de 31 de marzo de 1993, Caso Dieter Kraus contra Land Baden-Württemberg, (asunto C-12/92).

⁴⁴ Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 16 de febrero de 2011.

CAPITULO III: PRINCIPALES CUESTIONES CONFLICTIVAS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL. ASPECTOS CONSOLIDADOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA

1- PREMISAS GENERALES

Podemos afirmar que tanto mediante las Directivas europeas como a través de la legislación interna, ha sido introducido en nuestro ordenamiento un nuevo concepto jurídico indeterminado como es el de “motivos económicos válidos” y cuya delimitación conceptual ha generado pronunciamientos, sentencias o resoluciones de la más variada naturaleza.

Es debido a la mención que el TRLIS hace en el párrafo segundo de su art. 96.2 relativo a la formulación de consultas a la Administración tributaria (haciendo alusión a los arts. 88 y 89 de la LGT) por lo que contamos con una amplia fuente de pronunciamientos que la doctrina española no ha desaprovechado a la hora de recopilar y reagrupar para sacar, con la máxima claridad posible, qué entiende la Administración tributaria por motivos económicos válidos.

No obstante, pese a haberse demostrado la coincidencia y el acuerdo al que, en no pocos supuestos, ha conseguido llegar la doctrina administrativa, lo que a nuestro criterio merece la pena tratar en el presente Capítulo no son tanto las coincidencias como las discrepancias.

Sería conveniente, a continuación, centrar nuestro estudio en aquellos casos en los que la percepción sobre los motivos económicos válidos no es tan unitaria ni tan clara. Y para ello nos concentraremos, por un lado, en la vía administrativa con las contestaciones a las consultas realizadas a la DGT o con las resoluciones del TEAC, y por otro, en la vía judicial con las sentencias más interesantes al respecto de la Audiencia Nacional (AN) y del Tribunal Supremo (TS). Y es que, en última instancia, son los órganos jurisdiccionales los que determinan si verdaderamente estamos o no ante un motivo económico válido. Una especie de control jurisdiccional frente al control previo que la Administración ejercita sobre los contribuyentes, que tampoco está exento de polémica e incertidumbre debido a la divergencia existente entre algunas resoluciones.

2- LA INACTIVIDAD DE LAS ENTIDADES PARTICIPES

2.1- Ámbito de apreciación. El concepto de actividad dentro de la cláusula antielusiva del artículo 96.2 del TRLIS

Uno de los temas más controvertidos al estudiar esta cuestión lo encontramos en aquellas operaciones de reestructuración, bien sean fusiones, escisiones, aportaciones de rama de actividad o canje de valores, en las que algunas de las sociedades que participan no desarrollan una actividad económica. Este hecho se da más frecuentemente en aquellas operaciones de fusión en las que una sociedad absorbe a otra que no suele desarrollar una actividad concreta, respondiendo en ocasiones a una intención de ahorro fiscal, más que dudosa desde el punto de vista de la cláusula antiabuso, como puede ser la compensación de bases imponibles negativas en el IS.

La no apreciación de actividad, puede darse también en aquellas operaciones en las que la transmitente no se extingue, no obstante esto no será lo normal en la práctica. Será más habitual encontrarnos con casos relacionados con fusiones (especialmente por absorción e impropias) e incluso escisiones totales⁴⁵. Y esto es así porque la extinción de la transmitente conecta con la posibilidad de subrogación en bases negativas, autorizada por el art. 90.3 del TRLIS.

No obstante, debido a la discrepancia surgida tanto en el ámbito administrativo (resoluciones de la DGT y del TEAC) como en el judicial, resulta oportuno adentrarnos más afondo y perfilar la postura, en líneas generales, de los órganos competentes en esta materia.

Empezaremos haciendo alusión a la referencia que el art. 96.2 TRLIS hace a la “reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación” enlazándolo en clave ejemplificativa con los motivos económicos válidos como presupuesto para la aplicación del régimen contenido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS. De hecho, podríamos basarnos teóricamente en esta referencia a “actividades” para justificar la intención de la ley de fijar un filtro o un requisito

⁴⁵ Cabe destacar que en los supuestos de escisiones, que implican la división y dispersión de la sociedad, ya la administración se muestra reacia a admitir motivos válidos sin que se aprecie inactividad en alguna de las participantes.

adicional como es el del desarrollo de una actividad económica veraz por parte de las entidades participantes, de tal forma que no cabría reestructuración de una actividad que es inexistente.

No obstante, dicha alusión no puede interpretarse de forma extensiva, de tal manera que los términos reestructuración y racionalización equivalgan a la demanda de una actividad previa a la transmisión. De hecho, una interpretación en este sentido del precepto implicaría la aplicación de criterios generales predeterminados, lo cual en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁶, en su sentencia de 17 de Julio de 1997, (en adelante caso Leur-Bloem) “excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva 90/434/CEE”.

En cualquier caso, y dentro de nuestro ámbito jurídico interno, la DGT, el TEAC y en parte la jurisprudencia, a menudo han invocado la ausencia de actividad de las entidades para razonar su resultado relativo a la inexistencia de motivo válido.

2.2- Criterio administrativo de conexión entre inactividad e inexistencia de motivación válida

Podemos afirmar que es doctrina reiterada del TEAC la exigencia de una actividad empresarial por parte de la sociedad adquirida o fusionada para acceder al régimen fiscal especial. En este mismo sentido se pronuncia la Resolución del TEAC de 16 de Marzo de 2006, referido a un supuesto de fusión por absorción entre empresas no independientes.

El supuesto concreto suponía, mediante un conjunto de operaciones, el cambio de titularidad de las acciones, que seguían siendo controladas por el mismo grupo económico, y una actualización del valor de las acciones, desplazando las pérdidas resultantes de dicha actualización para su posterior compensación. En concreto, el grupo empresarial del presente caso (dedicado a la producción y comercialización de productos alimenticios) pretendía ampliar su mercado en nuestro país, para lo cual constituyó en primer lugar, una nueva entidad B, cuyo socio único era la entidad C

⁴⁶ Sentencia del TJCE, de 17 de julio de 1997, Caso A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, (TJCE\1997\156), (asunto C-28/95).

(sociedad del grupo empresarial). Esta última tenía un objeto social concreto, y era la tenencia de todas las participaciones de las sociedades del grupo, objetivo que conseguía gracias a las aportaciones dinerarias que las personas jurídicas, miembros de dicho grupo, realizaban a dicha entidad C. Después de obtener un préstamo de una entidad financiera, se procede, por parte de la sociedad B, a la compra de las acciones de los socios de la entidad A, la cual está domiciliada en España. Una vez B posee el 100% de las acciones de la entidad A, el próximo paso es, a través de una operación de fusión, absorber a la entidad A por parte de B, una fusión por absorción de carácter impropia en la que no sería necesaria una ampliación de capital ya que B tenía previamente el 100% de las acciones de A. por último, cambiaría la entidad B de denominación social, pasando a denominarse “Sociedad A, SL”, y continuaría con la actividad que la sociedad adquirida venía realizando con anterioridad, que era similar a la del grupo empresarial mencionada *supra*.

En este supuesto, la entidad absorbente (B), no venía realizando ninguna actividad con anterioridad a la operación de fusión, y la que empieza a desempeñar después de dicha operación no es otra que la misma de la entidad absorbida, contando prácticamente con el mismo personal y los mismos medios. Todos estos hechos, a juicio del TEAC, permiten afirmar que no existe una operación tendente a conseguir una reestructuración empresarial o una concentración de empresas, ya que “la sociedad absorbida puede funcionar perfectamente sin necesidad alguna de la citada resolución”.

De igual modo, en el caso resuelto por la Resolución del TEAC de 2 de marzo de 2007 nos encontramos con una sociedad (Y, SA.), la cual no realizaba ninguna actividad concreta hasta que absorbió a la entidad X, SA en septiembre del año 2000, mediante una operación de fusión. Es aquí cuando comienza a desempeñar la actividad que venía desarrollando ésta última. La entidad absorbente poseía, al momento de la operación, el 100% del capital de la sociedad X, SA., por lo que nos encontraríamos, como en la anterior Resolución comentada, ante una fusión impropia según lo dispuesto en el art. 83.1.c) del TRLIS. La entidad partícipe alegó como motivos válidos: “... la necesidad de efectuar una simplificación administrativa, ahorro de costes y exigencia de llevar a término la fusión en virtud de las obligaciones asumidas por el préstamo suscrito con el Banco... y Y, S.A”. No obstante, no opina lo mismo el TEAC, el cual resuelve la cuestión negando la existencia de cualquier tipo de motivo económico válido admisible

cuando nos encontramos ante sociedades que no desempeñan ninguna actividad económica⁴⁷.

En definitiva el Tribunal descarta la idea de que la operación propuesta sea necesaria para el objetivo de reestructuración y racionalización que la reclamante alega, quedando en consecuencia injustificada la aplicación del régimen especial fiscal.

Por su parte la DGT, a través de su consulta vinculante núm. 2202/2008 de 21 de noviembre, precisó que el régimen tiene como finalidad facilitar la reestructuración de actividades económicas, circunstancia que no se produce si la sociedad absorbida es inactiva. Precisa, sin embargo, que éste mero hecho no significa la exclusión de la aplicación del régimen. Ahora bien, sintetizando la cuestión, llegamos a la conclusión de que conectando esta inactividad al aprovechamiento de créditos fiscales pendientes o de bases negativas pendientes de compensar es más arduo aceptar la aplicación del régimen⁴⁸.

En una línea similar se sitúa la Consulta vinculante núm. 2311/2010 de 26 octubre. Aquí, si bien es cierto que la DGT declara que la aplicación del régimen fiscal especial requiere que la operación de reestructuración redunde en “beneficio de las actividades desarrolladas” por cuantas sociedades participen en dicha operación, también establece, de una forma clara, que no solo hay que atender a la circunstancia de la inactividad, siendo útil fijarse en otras particularidades, que nos permitan dilucidar de la forma más fiable posible, el verdadero propósito de la operación⁴⁹.

De todo lo anterior deducimos que es evidente que la inactividad de las sociedades participantes en las operaciones de reestructuración empresarial influye implícitamente sobre el criterio administrativo. Se desprende, principalmente de las Resoluciones del TEAC, un automatismo y un rechazo directo por parte de la aplicación del régimen

⁴⁷ “[...] Lo que surge como consecuencia de la fusión no es algo distinto de lo que ya existía. Incluso la nueva sociedad que surge tras la fusión toma el nombre de la absorbida [...]. No parece que pueda hablarse de reestructuración o racionalización de una actividad que prácticamente no existía, la inactividad de Y condiciona la posibilidad de apreciar la existencia de un motivo económico válido.”

⁴⁸ Véase también a los efectos descritos la Consulta vinculante núm. 530/2008 de 10 marzo. (JUR 2008\120921).

⁴⁹ Declara en concreto la DGT, en contestación a esta Consulta que: “...el mero hecho de que la sociedad absorbida esté prácticamente inactiva no determina, por si mismo, la exclusión de la aplicación del régimen fiscal especial. Sin perjuicio de lo anterior, la existencia en la sociedad A de bases imponibles negativas pendientes de compensar podría determinar que la operación de fusión planteada se realizase con la mera finalidad de lograr una ventaja fiscal que impediría la aplicación del citado régimen especial.”

especial ante la concurrencia de esta circunstancia de inactividad que la mayoría de la jurisprudencia rechaza.

Si bien es cierto que el presupuesto de la inactividad provoca un estrechamiento de la esfera de motivos válidos posibles, operando a modo de contraindicio, este hecho debe ser completado y en ningún caso pudiera considerarse autosuficiente.

2.3- Reacción jurisprudencial frente a la abusiva equiparación entre inactividad e inaplicación del régimen fiscal especial

Los tribunales españoles, en general, han acudido en numerosas ocasiones, y lo siguen haciendo en la actualidad, a la ausencia de actividad de las entidades para fundamentar su conclusión acerca de la inexistencia de motivo válido.

En relación con esto último mencionamos las sentencias de la Audiencia Nacional de 22 junio 2011 y la de 10 noviembre 2011⁵⁰. Mediante estas dos sentencias, la AN desestima los recursos contencioso-administrativos que en ambos casos se interponen, respectivamente, contra las Resoluciones del TEAC de 14 de mayo y de 11 de septiembre de 2008. En ambos pronunciamientos, la AN denota una dirección restringida, en tanto en cuanto declara que no se ha llevado a cabo esfuerzo probatorio por las recurrentes para probar que la escisión acometida se llevó a cabo por motivos económicos válidos. Y es que, entre dichos motivos, la AN solo incluye “aquellos relacionados con finalidades de reestructuración empresarial, reorganización de los activos u otras que presupongan el ejercicio de la industria o del comercio por parte de la sociedad escindida y, además, por cada una de las sociedades resultantes o beneficiarias de la escisión”.

A pesar de lo anteriormente dicho, merece la pena destacar que determinada jurisprudencia ha reaccionado frente a la excesiva trascendencia que, por norma general, la Administración ha otorgado al supuesto de inactividad de las sociedades participantes en una operación de reestructuración mercantil.

⁵⁰ Esta última ratificada por el Auto de 12 de Julio de 2012 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), por el que se inadmite el recurso de casación ante la sentencia de la AN de 10 de noviembre de 2011

En esta última línea, que podemos considerar como un freno de las extralimitaciones interpretativas por parte de la Administración, destaca la Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 22 de septiembre de 2011⁵¹, a través de la cual la AN estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte recurrente contra la resolución del TEAC de 11 de septiembre de 2008.

La historia del caso se desarrolla en torno a una operación de fusión por la que la sociedad X, SA absorbe a otras dos sociedades: Y, SA, y Z, SL. La primera de ellas cesó en la actividad para la que fue creada dos años antes de la fusión, recibiendo en ese mismo momento ingresos procedentes del arrendamiento de un inmueble. Mientras la otra entidad absorbida no realizaba actividad alguna y tenía en el momento de la fusión bases imponibles negativas pendientes de compensación de ejercicios anteriores.

Ante estos hechos, el TEAC negó la aplicación del régimen fiscal de diferimiento considerando que la operación de fusión en cuestión no podía perseguir una finalidad de reestructuración empresarial cuando no había ninguna actividad económica verdaderamente desarrollada de por medio. No obstante, cabe resaltar la firme actitud de rechazo que la AN manifiesta en la sentencia con respecto al contenido de la Resolución del TEAC. Contenido que llega a criticar y reprochar haciendo especial énfasis en la extralimitación de la Administración en su función interpretativa y culpándola de recurrir a su propia “autodocina” en lugar de aludir a la verdadera jurisprudencia que procede de los órganos judiciales⁵².

Por su parte, destacar también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 14 mayo 2012, que nos recuerda que la falta de actividad económica de la sociedad (en este caso estamos en el contexto de una operación de escisión) nunca puede suponer por sí solo un motivo de denegación del pretendido beneficio del régimen fiscal especial, añadiendo que “iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva el establecimiento de una norma con carácter

⁵¹ Recientemente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 12 de diciembre de 2013 (RJ 2014\208).

⁵² “La negativa a admitir la concurrencia de motivos económicos válidos en este asunto llega hasta la extravagancia, pues el TEAC, en cuanto a este motivo, se limita al establecimiento de una especie de presunción iuris et de iure de fraude que no sólo no tiene apoyatura legal [...], sino que resiste cualquier intento de explicación, razonamiento o prueba intentada por el contribuyente. Ejemplo notable de esta posición jurídica maximalista es la abundante cita de lo que podríamos considerar autodocina (no se alude a ninguna sentencia de los Tribunales de Justicia, que integran la verdadera jurisprudencia, sino que se cita el criterio reiterado del propio TEAC, pese al carácter inmanente de que adolece y a que no es una fuente del Derecho)”.

general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías basándose en criterios como la falta de actividad empresarial [...]".

2.4- Criterio jurisprudencial europeo sobre la inactividad de las sociedades partícipes en operaciones de reestructuración

En relación con la argumentación del TS que acabamos de exponer, existe, en la gran mayoría de la jurisprudencia relacionada con este controvertido asunto que es la inactividad de las sociedades, y en general, la cláusula antiabuso (art. 96.2 TRLIS), numerosa referencia a la Directiva 1990/434/CEE, así como a consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

Cabe destacar, en primer lugar, lo señalado por el Tribunal de Luxemburgo en una antigua aunque trascendente Sentencia en esta materia, la de 31 de Marzo de 1993⁵³ (en adelante caso Dieter Kraus). Concretamente, a juicio del Tribunal: “una fusión o reestructuración realizada mediante un intercambio de acciones en la que intervenga una sociedad de nueva creación que, por tanto, no posee una actividad empresarial propia, puede considerarse efectuada por motivos económicos válidos”.

Esta línea interpretativa es seguida y perfeccionada por el Tribunal Europeo en sus futuros pronunciamientos, como es el caso de la tan recurrente STJCE de 17 de Julio de 1997, caso Leur-Bloem, que el Tribunal aprovechó para ofrecer un concepto de motivos económicos válidos de carácter más o menos flexible, de manera tal que, los motivos por los que se “valida” la aplicación del régimen especial no tienen porque enlazar directamente con una actividad productiva, su naturaleza no tiene porque ser eminentemente económica, sino que las ventajas fiscales que se desprenden del régimen desarrollado en la Directiva 90/434/CEE se aplican indistintamente a todas las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores haciendo abstracción de sus motivos, ya sean éstos de carácter financiero, económicos o exclusivamente fiscales.

⁵³ Sentencia del TJCE, de 31 de marzo de 1993, Caso Dieter Kraus contra Land Baden-Württemberg, (asunto C-12/92).

Finalmente, reconoce el TJUE algunas de las conclusiones que ya nos son conocidas por haber sido tratadas en las contestaciones a las Consultas de la DGT anteriormente citadas⁵⁴. En concreto a través de la Sentencia de 10 de noviembre de 2011⁵⁵, (en adelante Caso FOGGIA), ratificó dicho Tribunal, que el hecho de que la entidad absorbida no ejerciese ninguna actividad, no posea ninguna participación financiera y sólo transfiera a la absorbente pérdidas fiscales elevadas puede constituir una presunción de que la operación no se ha realizado por motivos económicos válidos. No obstante nos recuerda que ninguno de estos elementos por sí solo puede considerarse decisivo: “[...] En efecto, una fusión o una reestructuración efectuada en forma de absorción de una sociedad que no ejerce actividades y que no aporta activo propio a la absorbente puede no obstante considerarse [...] realizada por motivos económicos válidos”.

Extraemos de todo lo dicho hasta ahora que, pese a que muchas resoluciones de los órganos administrativos y judiciales competentes hayan recogido y mencionado para su argumentación los razonamientos proporcionados por el Tribunal de Justicia, lejos queda de su aplicación práctica. Si bien es cierto que se empieza a atisbar un cambio de tendencia jurisprudencial frente al abuso interpretativo que se ha estado cometiendo y que todavía subsiste, puesto que la inactividad de las sociedades adquiridas se ha ido convirtiendo en una especie de freno para la aplicación del régimen especial a determinadas operaciones, fijando así requisitos y condicionando el acceso a dicho régimen.

⁵⁴ Consulta vinculante núm. 2202/2008 de 21 de noviembre; Consulta vinculante núm. 2311/2010 de 26 octubre.

⁵⁵ Sentencia del TJUE, de 10 de noviembre de 2011, Caso FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretario de Estado dos Assuntos Fiscais.

3- LA ECONOMÍA DE OPCIÓN INVERSA

Como bien sabemos, la economía de opción o la planificación fiscal es la pura expresión de la autonomía de la voluntad manifestada, en este caso, en el principio de voluntad de pactos del art. 1255 del CC⁵⁶ dentro del ámbito tributario.

Todo contribuyente tiene la posibilidad de apoyarse en la reducción de costes y en una menor carga fiscal para actuar de una forma determinada de manera que le resulte menos gravosa sin que por ello estemos ante una figura anómala o ilícita⁵⁷. A pesar de que la mayoría de nuestros juristas coinciden en que, mientras no exista una distorsión o abuso de la forma jurídica utilizada, cualquier persona es libre de organizar sus actos económicos de tal manera que persigan la menor incidencia tributaria posible, lo cierto es que entre la amplia y rica aportación doctrinal nos encontramos con diversas expresiones para referirse a aquellas actuaciones anómalas, artificiosas que suponen ese límite entre economía de opción y fraude o evasión fiscal⁵⁸.

Puede que la tendencia general sea la misma, y la legitimación y licitud de la economía de opción está completamente aceptada por nuestra doctrina, no obstante, si aun así nos encontramos con tal diversidad de conceptos jurídicos, el campo que la figura de la economía de opción ocupa en la práctica administrativa y judicial es todavía más oscuro e indeterminado.

Ha sido utilizado con frecuencia, por parte de los criterios administrativos, el hecho de que existan negocios alternativos para lograr el resultado económico, teniendo en cuenta que estos padecerían un tratamiento fiscal más riguroso. Justifica la Administración, en muchos de sus pronunciamientos, la utilización de estos cauces complementarios en detrimento de la libertad organizativa de la que gozan los intervinientes.

⁵⁶ Según lo dispuesto en el art. 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

⁵⁷ en este mismo sentido se pronuncian MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 12ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p.195.

⁵⁸ Obsérvese, a mero título ejemplificativo a CASANOVA GUASH el cual habla de una maquinación fraudulenta, entendida como el conjunto de circunstancias que revelan el propósito de eludir el pago del tributo que normalmente correspondería a la operación realizada; PÉREZ ROYO hace alusión a la “artificiosidad” y al abuso de las formas jurídicas; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA se refiere a formas jurídicas “inapropiadas” o “anormales” mientras que para SIMÓN ACOSTA o GÓMEZ CABRERA la distinción entre economía de opción y otras figuras ilícitas como el fraude de ley o la simulación se centraría más en la “causa” del negocio o fin institucional de éste.

Es ejemplo de lo anterior lo dispuesto por el TEAC en su resolución de 31 de mayo de 2007, en la que niega la aplicación del régimen fiscal especial a una operación de fusión por absorción del art. 83.1.a) del TRLIS a través de la cual una sociedad (X) absorbía a otra (Y) que contaba con un gran número de propiedades inmobiliarias pero que no desarrollaba actividad económica alguna⁵⁹. Según el órgano administrativo, el procedimiento consistente en la fusión por absorción debería haberse evitado, ya que si la intención de la absorbente es adueñarse de los activos de la sociedad absorbida, aquella debería haberlos adquirido directamente de (Y) tributando en consecuencia por las plusvalías generadas.

Siguiendo un criterio similar al expuesto, destacamos la resolución del TEAC de 21 de abril de 2010, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del TEAR de Asturias de 24 de octubre de 2008. En este supuesto concreto, el Tribunal Central defiende la postura adoptada por el Tribunal Regional de Asturias, el cual considera que la operación de reestructuración objeto de controversia no debería proceder puesto que no cumpliría la finalidad perseguida por los sujetos, que en este caso entiende que consistía en el mero reparto de las ramas de actividad de una sociedad entre dos cónyuges mediante una escisión parcial. En este supuesto entiende el Tribunal que debería tributar la operación por el régimen general, distribuyéndose los cónyuges su patrimonio mediante la disolución de la sociedad de gananciales, y no a través de una escisión artificiosa sin ninguna motivación económica ni mercantil.

No obstante, contra esta resolución fue interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN (Sección 2ª) y que se resuelve a través de la sentencia estimatoria de 19 de Septiembre de 2013⁶⁰.

Surge, en respuesta de esta tendencia doctrinal, una postura reaccionaria contra las extralimitaciones interpretativas que ha sido iniciada por la significativa sentencia de la

⁵⁹ En este sentido nos remitimos al apartado en el que explicábamos la inactividad de las sociedades partícipes de las operaciones de reestructuración empresarial. Debido a que son muchos los factores que rodean y afectan a estas operaciones mercantiles, es normal que, en la práctica, los pronunciamientos judiciales y resoluciones administrativas se refieran, en un mismo caso, a diversos elementos relacionados con la operación (inactividad de las entidades, artificiosidad de los negocios o su improcedencia para el objetivo perseguido,...).

⁶⁰ A esta última Sentencia nos referiremos más adelante, pues constituye, junto con la sentencia de la AN de 16 de Febrero de 2011, un perfecto ejemplo de la tendencia por parte, sobre todo de este órgano judicial, a frenar los abusos y excesos interpretativos que sobre la cláusula antifraude del art. 96.2 del TRLIS han asolado los pronunciamientos administrativos.

AN de 16 de Febrero de 2011⁶¹, la cual pone nombre a dicho criterio administrativo por el que se identifica el beneficio fiscal con la presunción de fraude, calificándolo como “economía de opción inversa”, y reprocha a la Administración la prioridad que ésta otorga a los intereses de la Hacienda Pública sobre la autonomía de la voluntad de los contribuyentes⁶².

Podemos además considerar la referida sentencia a día de hoy jurisprudencia reiterada por dicho órgano judicial, pronunciándose en varias ocasiones de forma similar⁶³. A través de la citada sentencia se debatía acerca de la aplicación, a la operación de escisión parcial de una sociedad mercantil, del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores del Impuesto de Sociedades. Aplicación denegada por la Administración mediante la resolución del TEAC de 29 de marzo de 2007.

La Sala de la AN encuentra rigurosamente intolerable el método seguido por el TEAC conforme al cual, pese a la licitud, validez y la ausencia de violencia sobre las formas jurídicas empleadas, podría provocarse la privación del disfrute del régimen de diferimiento en las operaciones societarias siempre y cuando fuese posible hallar una alternativa igualmente válida pero más gravosa para el contribuyente, lo cual, a juicio de la AN, resulta contrario al principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 del CC como a la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE. Y es que, tal y como precisa la AN: “[...] no cabe presumir tal fraude o evasión fiscal, sino que el interesado podrá enervar tal calificación [...] alegando de forma razonable la existencia de motivos válidos que, por principio, debe presumirse que concurren en todo negocio jurídico celebrado bajo el amparo del principio de libertad de pactos”.

En esta misma dirección jurisprudencial encontramos la ya mencionada sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 19 septiembre 2013. Por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del

⁶¹ Recientemente confirmada por la Sentencia del TS de 6 junio 2013, (RJ 2013\4748). El cual declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de la AN de 16 de febrero de 2011.

⁶² “Se viene, con tan insólita postura [...] a sostener una especie de principio del mayor gravamen o de economía de opción inversa conforme al cual entraría en juego la cláusula antifraude, pese a la ausencia acreditada de éste, por el simple hecho de que las alternativas u opciones económicas seleccionadas por la Inspección favorecerían con un grado mayor los intereses de la Administración, los recaudatorios, debe entenderse, pues también es interés preceptivo de ésta la de someterse a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 9.3 y 103 CE), así como proteger los derechos de los administrados.”

⁶³ Véanse respecto a esta cuestión las sentencias de la AN de 9 de Marzo de 2011; la de 4 de mayo de 2011; y la de 22 de septiembre de 2011.

TEAC de 21 de abril de 2010, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del TEAR de Asturias de 24 de octubre de 2008.

Mediante esta última resolución, afirmaba el TEAR que la operación de reestructuración, consistente en una escisión parcial de una rama de actividad, debía tributar por el régimen general del IS (art. 15 del TRLIS) al no apreciarse en ella motivos económicos válidos. De acuerdo con el Tribunal Económico-Administrativo, tanto el Regional de Asturias como el Central, la intención de los sujetos intervinientes (dos cónyuges que se separan y disuelven la sociedad de gananciales) era la de liquidar su patrimonio matrimonial de gananciales aprovechando la división negocial fruto de la operación de escisión y ahorrándose así la tributación que correspondería por el IS.

Es en el fundamento jurídico sexto en el que la Sala desarrolla los motivos por los que sostiene que la Administración sigue un criterio erróneo e injusto al exacerbar el concepto de fraude equiparándolo al de economía de opción, afectando como dice, al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), constitucionalizado, en cuanto a las relaciones mercantiles se refiere, en el art. 38 CE, el cual reconoce la libertad de empresa.

De una forma similar a lo ya visto en la sentencia de 16 de febrero de 2011, critica firmemente la AN que ha persistido en la actuación de la Administración tributaria una especie de “principio del mayor gravamen o principio de economía de opción inversa” entrando en juego la cláusula antifraude por el simple hecho de que las alternativas económicas seleccionadas por la Inspección favorecerían con un grado mayor los intereses recaudatorios de la Administración.

Esta tesis, por la que la AN defiende la economía de opción, perfectamente considerado dentro de nuestro ordenamiento jurídico como una práctica lícita, legal y legítima, ha sido sustentada igualmente por muchos otros pronunciamientos jurisprudenciales⁶⁴. Se trata de poner fin a unos excesos interpretativos que suponen un uso abusivo de la cláusula antifraude, provocando la indefensión de los contribuyentes de tal manera que, aun cumpliendo y alegando los motivos válidos que se requieren, verían frustrado su propósito de regirse por el régimen especial siempre que existan negocios y actos alternativos que supongan una mayor carga tributaria.

⁶⁴ A modo de ejemplo sería conveniente tener en consideración la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 11 de junio de 2001; y las sentencias del TS de 11 de mayo de 2004 y de 22 de marzo de 2005.

Por último dentro del ámbito comunitario, resulta muy ilustrativa en el contexto en el que nos encontramos, la Sentencia del TJCE, de 21 de febrero de 2006, (En adelante caso Halifax)⁶⁵.

Pese a que en este caso la cuestión sometida a debate gira en torno de otro impuesto distinto al que nos atañe, en este supuesto al IVA, lo cierto es que mediante este pronunciamiento podemos extraer la postura de este Tribunal en algunos temas genéricos, que no varían tanto dependiendo del impuesto ante el que nos encontremos (IVA o IS) como serían por ejemplo la economía de opción y la autonomía de la voluntad de las partes implicadas, defendiendo así, en su apartado 73, la consideración de motivos fiscales como un derecho de todo empresario para la estructuración de su actividad.

Sobre la base de esta doctrina llegó el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a afirmar que cuando un sujeto pasivo puede elegir entre dos operaciones, en ningún caso le obliga la normativa comunitaria a decantarse por aquella que maximice el pago de impuestos, sino que al contrario, el sujeto pasivo tiene derecho a elegir aquella estructura a través de la que pueda conseguir el fin de limitar su deuda fiscal.

⁶⁵ Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2006, Caso Halifax plc Leeds Permanent Development Services Ltd County Wide Property Investments Ltd contra Commissioners of Customs & Excise, (TJCE 2006\383).

CONCLUSIONES

Las operaciones de reestructuración y reorganización empresarial recogidas en la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de la sociedades mercantiles, constituyen a día de hoy una eficiente e idónea vía para la solución de dificultades de competencia, coordinación y gestión que asolan a nuestras medianas y grandes empresas dentro una etapa de crisis económica y financiera que generó y genera la insolvencia de muchos negocios en nuestro país.

Conscientes de la necesidad y del beneficio económico en que redundan estas operaciones de concentración y reestructuración, las políticas europeas e internas han defendido el *establecimiento de un régimen de tributación específico con la intención de evitar que el excesivo coste fiscal reduzca el recurso a tales operaciones*, tan necesarias para el crecimiento en los negocios, la concentración y la diversificación, sobre todo en momentos de dificultades empresariales. Es en efecto, a través de la Directiva 90/434/CEE mediante la que se armoniza un régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores y otras operaciones similares, dentro de un contexto comunitario en el que participen distintos Estados miembros. Un régimen fiscal que apuesta por la neutralidad ante las decisiones empresariales y que ha venido a ser refrendado por la Directiva 2009/133/CE.

Siguiendo esta iniciativa europea, nuestro legislador interno introduce dicho régimen en nuestro ordenamiento jurídico, adecuándolo en todo momento a aquellas modificaciones que afecten a la Directiva. Se encuentra actualmente recogido en el Capítulo VIII del Título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y en concordancia con su raíz europea, *ofrece una tributación neutral y diferida dentro del marco de las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de activos y canje de valores* que decidan optar por las particularidades desarrolladas en su articulado. Para la consecución de este objetivo se regula un régimen fiscal caracterizado por el diferimiento del impuesto hasta el posterior momento de la cesión de los activos que fueron objeto de transmisión durante el procedimiento mercantil. Se trata de evitar que las plusvalías e incrementos surgidos en este contexto, y determinados por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y pasivo transferidos y su valor fiscal en el momento de la ejecución de la operación, sean gravados por el Impuesto sobre

sociedades sino cuando efectivamente se produzca tal plusvalía, que no será hasta su posterior cesión, fuera de este tipo de operaciones.

La implantación de estas medidas ha influido sin duda en un incremento notable sobre la utilización de estos negocios por parte de los operadores mercantiles en aras de una sobresaliente consecución de sus intereses privados. Si bien es cierto que indicábamos que mediante el incentivo de una tributación diferida se buscaba que la carga fiscal no supusiera un impedimento para el sujeto a la hora de acudir, por ejemplo a una fusión por absorción para unificar la administración, gestión y gerencia de las distintas entidades; o separar económicamente, a través de una cesión parcial, actividades de distinta índole con la intención de diversificar las mismas, también destacamos que *el tratamiento ventajoso del que disfrutaban estos procesos puede instigar a que los sujetos intervinientes acudan a esas figuras de una forma malintencionada y abusiva.*

En este sentido, y con el objetivo de defender y preservar los intereses financieros y económicos de sus Estados miembros, permitiéndoles combatir contra las técnicas de elusión fiscal, se introduce dentro del contenido de la Directiva 90/434/CEE, concretamente en su artículo 11.1.a), la posibilidad de inaplicar las ventajas fiscales que en dicho cuerpo normativo se contemplan cuando la operación mercantil persiga la elusión o la evasión fiscal. Actualmente dicha habilitación aparece contemplada en el artículo 15.1.a) de la Directiva 2009/133/CE con el mismo contenido que su predecesora, la cual ya recogía, además de lo anteriormente dicho, una presunción *iuris tantum* mediante la que los Estados pudieran presumir la concurrencia de una intención de elusión o fraude fiscal siempre que no concurriesen motivos económicos válidos.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, encontramos esta cláusula antiabuso en el artículo 96.2 del TRLIS, fijándose por el legislador un mecanismo de lucha contra el fraude fiscal que evite un recurso abusivo a las operaciones de reestructuración empresarial por parte de aquellos sujetos con intención exclusiva de beneficiarse de las ventajas fiscales que ofrecen, eludiendo el pago del tributo que correspondería a la transmisión. Es en este contexto concreto donde más obstáculos y complejidades encontramos en esta materia, de tal manera que *no existe una interpretación concreta y consolidada en cuanto a la aplicación de la cláusula antielusiva del art. 96.2 del TRLIS.*

Situamos el origen de este dilema en la complejidad interpretativa que resulta del cambio producido en el contenido de la cláusula antielusiva en el momento de su

transposición dentro de la normativa española, de tal forma que, mientras el precepto comunitario ofrecía una presunción de elusión o evasión ante la falta de motivos económicos válidos, *el legislador español parece identificar directamente la ausencia de dichos motivos con el objetivo de fraude o evasión fiscal, y contraponiendo, por si fuera poco, la expresión de ventaja fiscal ante los controvertidos motivos económicos válidos.*

Resulta comprensible entender que la Administración tributaria haya aprovechado esta situación de confusión y de indeterminación jurídica para forjar una interpretación propia y característica, tendente a una mayor recaudación de la Hacienda Pública, nacida de las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales, así como del Central, y de las contestaciones vinculantes de la Dirección General de Tributos a las consultas que los contribuyentes le dirigen bajo el mandato del inciso final del artículo 96.2 del TRLIS. Extraemos de numerosas consultas y resoluciones, muchas de las cuales han sido analizadas en el presente trabajo, una *predisposición por parte de la Administración de abusar de la falta de delimitación jurídica de que adolece el término de motivos económicos válidos.* De esta manera llega a identificar cualquier tipo de motivación fiscal, por lícita y legítima que ésta sea, con la ausencia de motivación económica válida, lo cual supone una reducción en el ámbito de la autonomía privada del individuo para gestionar y planificar sus negocios, no pudiéndose encontrar entre sus intereses y objetivos el ahorro fiscal. Pero no es sólo en este asunto relativo a la economía de opción o planificación fiscal en el que la Administración ha desarrollado su propia doctrina, sino que en general es *frecuente el uso que hace de la cláusula antielusiva para evitar el acceso al régimen de diferimiento en aquellos casos en los que algunas de las entidades que participan en la operación carecen de actividad*, lo cual identifica de nuevo con una falta de motivación económica válida. Nos encontramos ante una línea interpretativa que sigue al pie de la letra lo dispuesto por el legislador español y que denota en consecuencia, una grave inexperiencia a la hora de deducir el verdadero significado que del espíritu normativo se desprende.

Efectivamente, tal y como reiterada jurisprudencia, principalmente los pronunciamientos de la Audiencia Nacional, acierta en apuntar, debemos atender, dentro del contexto europeo en el que nuestro régimen fiscal especial se basa, no solo a la normativa interna, sino al sentido que se desprende de la regulación comunitaria en esta materia.

Se ha producido en estos últimos años un cambio dentro de la jurisprudencia, especialmente pronunciado por parte de la Audiencia Nacional, tendente a frenar el excesivo uso por parte de la Administración de la cláusula antiabuso cuando ésta debería ser de uso excepcional. Así mismo le reprocha también la extralimitación dentro de sus funciones interpretativas, recordando que es el contenido de las sentencias y pronunciamientos de los tribunales a los que debe acudir cuando quiera arrojar luz sobre la indeterminación jurídica que dificulta el empleo del art. 96.2 del TRLIS como técnica antifraude. Dentro de la jurisprudencia son numerosas las discrepancias que aparecen en cuanto a lo que se refiere a los motivos económicos válidos, no obstante, sobre todo en los últimos años, se viene produciendo un cambio y una postura más firme reflejada en una interpretación finalista, en la que, para evitar el fraude y evasión fiscal, y como presupuesto para el empleo de la inaplicación recogida en la cláusula antiabuso, se tienen que dar diversos factores que analizados en conjunto, y caso por caso (nunca mediante la implantación de criterios de aplicación general) denoten una intención de eludir el impuesto mediante la utilización forzosa de una operación a la que los interesados no acudirían si de la que intentan evitar su tributación no fuese más gravosa.

Apreciamos una *gran concordancia entre estos pronunciamientos judiciales con la jurisprudencia comunitaria* que debiera ser mayor. Efectivamente, y como reitera el Tribunal de Luxemburgo, no se puede negar la aplicación del régimen especial únicamente por una motivación fiscal, ni así tampoco porque algunas de las sociedades partícipes sea inactiva. Para que la cláusula antiabuso ejerza su papel habrá que fijarse de forma específica en cada operación concreta, de tal manera que debiéramos restarle importancia a los motivos económicos válidos, que al fin y al cabo no dejan de ser una presunción *iuris tantum*, para fijarnos más detenidamente en el conjunto de actuaciones que puedan delatar la autentica intención elusiva que se esconde tras la operación de reorganización empresarial. De otro modo correríamos el riesgo de terminar fijando un *numerus clausus* de motivos económicos válidos por los que podría acogerse al régimen especial, una técnica desdeñable desde la propia normativa europea.

BIBLIOGRAFÍA

Estudios doctrinales en libros especializados y en obras colectivas

-BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en A.A.V.V., *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II. Contratos Mercantiles. Derecho Concursal*, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.

-CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

-CHECA GONZÁLEZ, C. “Comentario al art. 96 del Texto refundido de la Ley de Impuesto sobre Sociedades: inaplicación del régimen fiscal especial”, *Impuesto sobre Sociedades: Regímenes Especiales*, Aranzadi SA, 2008.
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/>.

-DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A., *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: Economía de opción, autonomía de voluntad y causa en los negocios*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

-MARTÍN QUERALT, J. / LOZANO SERRANO, C. / CASADO OLLERO, G. / TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

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

-SIMON ACOSTA, E., “Del fraude de ley al conflicto en la aplicación de las normas tributarias”, *Economía, Derecho y Tributación. Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005.

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

Artículos doctrinales de revistas jurídicas

-CALVO VÉRGEZ, J., “Fusiones y escisiones en el impuesto de sociedades: cuestiones conflictivas”, *Carta Tributaria*, num. 18/2011, 2ª quincena de Octubre, Edición Fiscal CISS, Valencia, 2011.

-DURO HERNÁNDEZ, L. y ESPINOSA VALTUEÑA, E., “Dualidades en la interpretación del concepto de rama de actividad, en sede del IS y del IVA”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7/2011 parte Comentario, Aranzadi, SA, Pamplona, 2011.

-GARCÍA ROSS, J.J., “Las reestructuraciones empresariales: aspectos fiscales de la segregación.”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 12/2010 parte Estudio, Aranzadi, SA, Pamplona, 2010.

-MARTÍN JIMENEZ, A.J., “Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea.”, *Quincena Fiscal Aranzadi* num. 7/2012, Aranzadi, SA, Pamplona, 2012

-PITA GRANDAL, A. M. Y ANEIROS PEREIRA, J., “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica tributaria*, num. 144/2012, IEF, Madrid, 2012.

-SÁNCHEZ HUETE, M.A., “Hacia una planificación fiscal socialmente responsable. La planificación ultrafiscal”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, num.7/2010 parte Estudio, Aranzadi SA, Pamplona, 2010

-SÁNCHEZ MANZANO, J. D., “Análisis de determinados criterios administrativos y jurisprudenciales en torno al presupuesto de los motivos económicos válidos en el marco del artículo 96.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, *Gaceta Fiscal*, num. 324, IEF, Madrid, 2012.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES CITADAS

Derecho de la Unión Europea

-Directiva 1990/434/CEE, de 23 de julio de 1990, del Consejo. Relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. (DOL núm. 225, de 20 agosto 1990).

-Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009, del Consejo. Establece el régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. (DOL núm. 310, de 25 noviembre 2009).

Derecho Interno

-Real Decreto 24 julio 1889. Código Civil. (BOE núm. 206, de 25 julio 1889).

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

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

-Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE núm. 313, de 30 diciembre 2000; rect. BOE núm. 155, de 29 junio 2001).

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

-Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. Aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. (BOE núm. 61, de 11 marzo 2004; rect. BOE núm. 73, de 25 marzo 2004).

-Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio. A prueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. (BOE 6 agosto 2004, núm. 189).

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

ÍNDICE DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS CITADAS

Pronunciamientos administrativos:

Dirección General Tributaria:

- DGT consulta vinculante núm. V1845/13, 5 Junio 2013.
- DGT Consulta vinculante núm. 2510/2009, 13 noviembre 2009.
- DGT Consulta vinculante núm. 2311/2010, 26 octubre 2010.
- DGT consulta vinculante núm. 2202/2008, 21 noviembre 2008.
- DGT Consulta vinculante núm. 530/2008, 10 marzo 2008.

Tribunal Económico –Administrativo Central y Regionales:

- TEAC Recurso de Alzada de 19 enero de 2007.
- TEAC Reclamación económico-administrativa de 16 de Marzo de 2006.
- TEAC Reclamación económico-administrativa de 2 de marzo de 2007.
- TEAC Reclamación económico-administrativa de 11 de septiembre de 2008.
- TEAC Recurso de Alzada de 31 de mayo de 2007.
- TEAC Reclamación económico-administrativa de 14 de junio de 2007.
- TEAC Reclamación económico-administrativa de 31 de Mayo de 2007.
- TEAC Recurso de Alzada de 21 de abril de 2010.
- TEAR de Asturias de 24 de octubre de 2008, reclamación 33/529/08.

Sentencias:

Tribunales Superiores de Justicia:

- TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 11 octubre de 2010, núm. 678/2010.

-TSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) de 11 de junio de 2001, núm. 1478/1998.

Audiencia Nacional:

-AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 16 febrero 2011, núm. 320/2007.

-AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 22 junio 2011, núm. 279/2008.

-AN (Sala de los Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 10 noviembre 2011, núm. 408/2008.

-AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 22 septiembre 2011, núm. 361/2008.

-AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 9 marzo 2011, núm. 110/2008.

-AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 4 mayo 2011, núm. 128/2008.

-AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 19 septiembre 2013, núm. 224/2010.

Tribunal Supremo:

-TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Auto de 12 Julio 2012, núm. 6519/2011.

-TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 12 diciembre 2013, núm. 5463/2011.

-TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 14 mayo 2012, núm. 2144/2010.

-TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 6 junio 2013, núm. 2218/2011.

Tribunal de Justicia Europeo:

-TJCE (Pleno) de 17 julio 1997, Caso A. Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, asunto C-28/95.

-TJCE (Pleno) de 31 marzo 1993, Caso Dieter Kraus contra Land Baden-Württemberg, asunto C-12/92.

-TJUE (Sala Quinta) de 10 noviembre 2011, Caso FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA contra Secretario de Estado dos Assuntos Fiscais, asunto C-126/10.

-TJCE (Gran Sala) de 21 febrero 2006, Caso Halifax plc Leeds Permanent Development Services Ltd County Wide Property Investments Ltd contra Commissioners of Customs & Excise, asunto C-255/02.

RECURSOS DE INTERNET

-Informe del Parlamento Europeo sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales, (2013/2060(INI)), de 3 de mayo de 2013.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0162+0+DOC+XML+V0//ES>

Consulta realizada el 10 de marzo de 2014.