



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



Ilustre Colegio Provincial de
ABOGADOS DE LA CORUÑA
1760 - 2010

REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES: LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

REESTRUTURACIÓNS EMPRESARIAIS: OS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

CORPORATE RESTRUCTURING: VALID ECONOMICS REASONS

Alumno: Javier Rodríguez Fernández

Tutora: Pilar Álvarez Barbeito

TFM 2018 - 2020

Resumen: Las grandes operaciones de reestructuración patrimonial gozan en la actualidad de un marco regulatorio tendente a facilitar las mismas mediante la concesión de una importante ventaja tributaria. Sin embargo, una cláusula antiabuso en la misma ley permite al Fisco rechazar la aplicación de esa bonificación si con la operación únicamente se está persiguiendo el ahorro fiscal. Desde que esto es así, la batalla legal estaba servida, pues dicho mecanismo ha supuesto un arma de doble filo: para el contribuyente ha sido, y es una herramienta fundamental para reducir la carga fiscal todo lo posible dentro del amparo de la ley, y por otro lado le ha proporcionado a la Agencia Tributaria una potestad discrecional añadida, de valorar las intenciones reales del contribuyente, con la que poder endurecer sus procedimientos de comprobación y regularización.

Palabras clave: cláusula antiabuso, fraude fiscal, impuesto sobre sociedades, reestructuración empresarial, planificación fiscal, neutralidad, economía de opción, motivos económicos válidos.

***Abstract:** Large capital restructuring operations currently have a regulatory framework to facilitate them by granting a significant tax advantage. However, an anti-abuse clause in the same law allows the Treasury to reject the application of that bonus if only tax savings are being pursued with the operation. Large capital restructuring operations currently have a regulatory framework to facilitate them by granting a significant tax advantage. However, an anti-abuse clause in the same law allows the Treasury to reject the application of that bonus if only tax savings are being pursued with the operation. Since this is so, the legal battle was served, because this mechanism has meant a double-edged sword: for the taxpayer it has been and is a fundamental tool to reduce the tax burden as much as possible under the protection of the law, and, on the other hand, it has provided the Tax Agency with an additional discretionary power to assess the real intentions of the taxpayer, with which to be able to tighten their verification and regularization procedures.*

***Keywords:** anti-abuse clause, tax fraud, corporation tax, corporate restructuring, tax planning, neutrality, economy of choice, valid economic reasons.*

ÍNDICE

Introducción	4
Capítulo 1.- La cláusula antiabuso	6
1. Antecedentes jurídicos	6
2. La problemática de la planificación fiscal. El encaje de la economía de opción frente al abuso de derecho	10
3. La autonomía de la cláusula antiabuso frente al art. 15 LGT. Abuso de la cláusula antiabuso.....	14
Capítulo 2.- Los motivos económicos válidos	18
1. Concepto y criterios de aplicación de los <i>MEVS</i>	18
2. Operaciones de reestructuración. Reorganización patrimonial y planificación fiscal	22
3. Los <i>MEVS</i> en los paraísos fiscales	27
Capítulo 3.- La “no” validez del motivo económico invocado. Consecuencias jurídicas 31	
1. Eliminación de los efectos fiscales	31
2. El concepto de fraude fiscal	35
3. La viabilidad del régimen sancionador	38
Conclusiones	42
Bibliografía	46
Jurisprudencia	48

INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la Unión Europea, las instituciones buscan generar el marco normativo idóneo que permita un mercado interior más sencillo para los distintos estados miembros, razón por la que la legislación comunitaria pretende en gran medida armonizar las diferencias existentes entre ellos. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que regula un régimen fiscal especial para las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro.

Acogerse a este régimen supone una ventaja fiscal traducida en el diferimiento en la tributación de las rentas que se generan como consecuencia de la transmisión de los elementos patrimoniales o participaciones que implican estas operaciones, y es por esto que la propia norma prevé también una cláusula antiabuso, en el art. 89.2, que impide acogerse a los beneficios de dicho régimen especial cuando se demuestre que el único objetivo de la operación era obtener la ventaja fiscal, o que, en otras palabras, la operación no atiende a motivos económicos válidos.

En un entorno en el que una gran parte de la legislación nacional viene impulsada o se dicta directamente desde el exterior, la implementación de específica normativa tributaria internacional, como es el caso, supone un reto añadido para el legislador, máxime cuando se encuentra íntimamente ligada a las diferentes economías de la zona euro. La cuestión de los motivos económicos válidos y la cláusula antiabuso que analizaremos en este trabajo no ha sido una excepción, y ello por diferentes motivos que se analizarán a lo largo de sus distintos capítulos.

En primer lugar, es complejo determinar cuál es la delgada línea que separa la economía de opción y el abuso del derecho. Por un lado, la legitimidad de establecer un modelo de negocio propicio para poder beneficiarse de ese mecanismo fiscal y por otro lado la utilización de este mecanismo para una erosión masiva de bases imponibles, lo que es en definitiva una gran elusión fiscal. En segundo lugar, el establecimiento de “criterios económicos válidos” por parte de la administración para determinar si la finalidad última del contribuyente es únicamente la obtención de la ventaja fiscal, supone dotar a la Agencia Tributaria de un poder discrecional extra con el que reforzar sus procedimientos, poniendo en todo momento la carga de la prueba sobre el ciudadano.

Por último, pero no menos importante y relacionado con todo lo anterior, esa carga de la prueba que recae sobre el contribuyente conduce en muchos casos a la Administración a presumir la existencia de operaciones defraudatorias cuando determina que los motivos económicos alegados no son válidos en una materia en la que la casuística es muy variada y, por tanto, difícil de abordar con criterios generales.

La práctica empresarial resultante de este marco legal tiende a ser cada vez más conservadora. Es decir, antes de acometer una operación de reestructuración patrimonial (fusión, escisión, etc.) se deberá hacer un estudio pormenorizado de la situación actual de la empresa y del entorno normativo en el que se encuentra, con el fin de garantizar, en la medida de lo posible, que los motivos económicos alegados pasarán el test de validez de la Administración, necesario para poder acogerse al régimen de neutralidad fiscal previsto para ese tipo de operaciones.

Tal y como ya apuntamos, la principal dificultad de esta cuestión pivota en torno a la gran casuística que rodea a un tema sobre el que, además de la Administración en el curso de los procedimientos de aplicación de los tributos, existen manifestaciones en muchos casos divergentes de los Tribunales económico-administrativos, de la Dirección General de Tributos, del Tribunal Supremo, así como del TJUE, especialmente relevantes estas últimas dado que la problemática que abordamos arrancó con una propuesta de la Comisión Europea presentada al Consejo en el año 1969, que desembocaría 20 años más tarde en la Directiva 90/434, que fue objeto de varias modificaciones y, posteriormente, todo ello codificado en la Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre 2009.¹

¹ Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

Capítulo 1.- La cláusula antiabuso.

1. Antecedentes jurídicos.

Largo ha sido el camino que se ha recorrido hasta llegar a la actual norma antiabuso recogida en la vigente LIS², por lo que antes de abordar su contenido actual es preciso realizar un breve análisis acerca de la evolución de este concepto desde sus inicios hasta nuestros días.

Como ya se anunciaba en la introducción, el punto de partida está en Europa, concretamente en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. En ella se establecía como principal objetivo *“crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común”*, y para ello entiende que *“dichas operaciones no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros”*. Concluía en consecuencia que *“las disposiciones de orden fiscal penalizan en la actualidad dichas operaciones en relación a las de sociedades de un mismo Estado miembro”* y que *“es necesario eliminar dicha penalización”*.

El Consejo entendió así que la mejor manera de llevar a cabo estas metas es una armonización normativa entre los estados miembros, *“ya que las diferencias entre dichos regímenes podrían provocar distorsiones, y sólo un régimen fiscal común puede constituir una solución satisfactoria al respecto”*

Finalmente, tras estos fundamentos principales, se hizo mención por vez primera a lo que sería la futura cláusula antiabuso, y es que a juicio del Consejo *“conviene prever la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación de la presente Directiva 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”* Este último considerando referente a la cláusula antiabuso tomó cuerpo propio en el art. 11 de la misma Directiva, donde por primera vez se hizo referencia a los motivos económicos

² Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

válidos.³ Quedaba patente que esta primera redacción mostraba grandes problemas de interpretación de sus principales términos, a lo que había que añadir la problemática que genera la presunción entre motivo económico no válido y fraude fiscal.

Con todo, la transposición de esta Directiva a nuestro ordenamiento interno se produjo a través de la Ley 29/1991⁴, y la cláusula antiabuso se plasmó en su art. 16.2, haciendo una única referencia a la conducta de fraude y de evasión fiscal, manteniendo por lo tanto el sentido de la presunción anterior⁵. Posteriormente con la Ley 43/1995, reguladora del Impuesto de Sociedades, el espíritu de la directiva se mantuvo vigente prácticamente en sus mismos términos a través del art. 110.2. En lo referente a la presunción entre falta de motivos económico válidos y fraude fiscal, FALCÓN Y TELLA ha señalado que, una interpretación conforme a la Directiva debe llevar a la conclusión de que estamos ante una simple presunción “*iuris tantum*”, y no ante una regla sustantiva que permita automáticamente inaplicar el régimen de diferimiento.⁶

Pocos años después, la ley 14/2000⁷, en aras de precisar el sentido jurídico de la norma, señaló en su art. 2.6 que “*en particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos*”. Estos términos se mantienen ya prácticamente intactos en el art. 96.2 RDL 4/2004⁸, antecedente inmediato del actual art. 89.2 de la vigente LIS, del que únicamente se diferenciaría en mínimos detalles como veremos más adelante. Finalmente, el cuerpo de la Directiva junto con todas las

³ Art. 11.1 Directiva 90/434/CEE: “*Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal*”

⁴ Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

⁵ Art. 16.2 Ley 29/1991: “*Cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1.º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora*”.

⁶ FALCÓN Y TELLA, R.: “La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: art. 110.2 LIS”, *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2001, editorial, pág. 6.

⁷ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁸ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

modificaciones de las que fue objeto fue codificada en su sucesora, la Directiva 2009/133/CEE que ya mencionamos en la introducción.

Como señala LÓPEZ TELLO, una mirada a las exposiciones de motivos y al contenido de nuestras sucesivas leyes en la materia permite concluir sin esfuerzo que el legislador español trasladó directamente las soluciones de la Directiva al régimen fiscal especial interno de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores.⁹

Sin embargo, como señala SOTO LÓPEZ, la divergencia entre la redacción de la cláusula antiabuso interna y la comunitaria ha provocado una ardua polémica doctrinal centrada en un aspecto: si el segundo inciso del art. 89.2 (la ausencia de *MEVS*), es un supuesto autónomo del inciso primero (inaplicación del régimen) o debe ser considerado un supuesto especial.¹⁰ Así, como apunta PALAO TABOADA, la doctrina quedó dividida entre los partidarios de la tesis autonomista, que defienden la inaplicación del régimen al no concurrir motivos económicos válidos, aunque el objetivo final de la operación no fuese el fraude o la evasión fiscal; y los partidarios de la tesis basada en la especialidad, que opinan que la inexistencia de motivos económicos válidos sería únicamente un indicio de que se ha cometido fraude o evasión, pero no implicaría por sí mismo la inaplicación del régimen.¹¹

Si bien es verdad que el legislador reiteradamente ha buscado una mayor concreción de la norma antiabuso, no es menos cierto también que la cuestión de los motivos económicos válidos constituye un aspecto muy criticado por la jurisprudencia y por múltiples organismos. Le ha correspondido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el ser el máximo intérprete de esta cuestión, siendo por lo tanto un marco de referencia en sus decisiones a través de cuestiones prejudiciales que les plantean los tribunales nacionales. Así, por ejemplo, en el caso *Leur-Bloem*¹², el tribunal europeo recalcó en el apartado 39 de su sentencia que “*el Estado miembro puede constituir una presunción de fraude o de evasión fiscal cuando «una de las operaciones contempladas [...] no se efectúe por motivos económicos válidos»*”, pero añade, en el apartado 41, que

⁹ LÓPEZ TELLO, J.: “La cláusula antiabuso del Régimen Fiscal de Fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*”, *Dialnet, Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, 2010, pág. 47.

¹⁰ SOTO LÓPEZ, D.: “La cláusula antiabuso del régimen fiscal de reestructuraciones”, *Crónica Tributaria*, núm. 157, 2015, pág. 183.

¹¹ PALAO TABOADA, C.: “Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de reorganizaciones empresariales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 235, 2002, pág. 82.

¹² STJUE de 17 de julio de 1997, *A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst / Ondernemingen Amsterdam 2*, asunto C-28/95 (TJCE 1997, 156)

“No obstante, para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma.” Se deja claro con estas apalabras del TJUE que la cláusula antiabuso no puede ser un mecanismo de aplicación automático bajo ciertos estándares, y que requiere entrar en el fondo de la operación en cuestión para poder llegar a determinar cuál es el objetivo principal que se está buscando con la misma. Compartiendo la opinión de FALCÓN Y TELLA, aun reconociendo una cierta ambigüedad en la citada sentencia, la misma en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que basta la existencia de un móvil fiscal para que pueda denegarse el régimen de diferimiento.¹³

En relación con esta doctrina europea han fallado en numerosas ocasiones nuestros tribunales nacionales. Podemos tomar como ejemplo de esta argumentación la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2013¹⁴, que en su fundamento jurídico noveno establece que “*la exclusión de la normativa contenida en la Ley 29/91, en base a una presunción relativa a que la fusión se realizase con fines de fraude o evasión fiscal, al amparo de lo establecido en su art. 16.2, citado, ha de estar plenamente acreditada por la Administración, enervando la finalidad organizativa o comercial en la que se fundan las decisiones empresariales de esta índole, sin que pueda confundirse con el aprovechamiento de determinadas ventajas fiscales mediante los mecanismos tributarios previstos*”

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2014¹⁵, en su fundamento jurídico 2º, niega que se pueda calificar el supuesto como fraude de ley ya que “*la existencia misma de la cláusula antiabuso elimina esta posibilidad.*” Quiere decir el TS en esta sentencia que el fraude de ley es una institución que solo puede darse cuando no existe una infracción directa de una norma, ya que, de existir infracción directa, se estaría tratando de norma infringida, pero no defraudada. La cláusula antiabuso en cuestión subordina la aplicación del régimen especial a la concurrencia de motivos económicos válidos, por lo que “*si no existen tales motivos, lo que hay es una infracción directa de tal norma, con la consecuencia de la aplicación del régimen general.*”

¹³ FALCÓN Y TELLA, R.: op.cit, pág. 7.

¹⁴ SAN 2048/2013, Sala Tercera, de 25 de abril de 2013, rec. 187/2010.

¹⁵ STS 96/2014, Sala Tercera, de 16 de enero de 2014, rec. 390/2011.

2. La problemática de la planificación fiscal. El encaje de la economía de opción frente al abuso de derecho.

La autonomía de la voluntad del individuo está presente en nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de 100 años. Así, el propio Cc¹⁶, en su art. 1255, establece sin lugar a dudas la total libertad de las partes para “*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*” Sin embargo, como bien apunta DE CASTRO Y BRAVO, la autonomía de la voluntad ni constituye un procedimiento privilegiado por el Derecho, ni es un trampolín autorizado para saltarse normas imperativas, ni un recurso para privar de eficacia a los principios fundamentales del sistema jurídico español. Es decir, que su empleo no sirve para impedir el control judicial sobre el fin práctico que se pretenda conseguir con el negocio, ni para dejar de lado el principio general de la buena fe.¹⁷

El problema se genera cuando se sobrepasa la barrera de la economía de opción entrando en el terreno de la evasión fiscal. En ese sentido, y desde nuestro punto de vista, en principio cualquier actuación económica ajustada a la legalidad que un individuo o conjunto de individuos puedan llevar a cabo es legítima, aunque la elección haya estado guiada por el fin de lograr un ahorro fiscal. En opinión de DURÁN-SINDREU BUXADÉ, la clave para encajar la economía de opción y el fraude de ley está en analizar la causa del negocio jurídico en cuestión. Así, sostiene la tesis de que el concepto de los motivos económicos válidos y el concepto de causa estarían íntimamente ligados, haciendo referencia a una misma realidad jurídica.¹⁸

La Administración, tanto europea como nacional, interpretan la economía de opción de las formas más variadas. El art. 6.1 de la Directiva 2016/1164¹⁹ permite a los Estados miembros, a la hora de calcular la deuda tributaria del Impuesto sobre Sociedades, rechazar cualquier práctica que “*por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes.*” Y finaliza en

¹⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 334.

¹⁸ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de la voluntad y causa en los negocios*, Aranzadi, 2007.

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

su apartado segundo señalando que “*se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejan la realidad económica*”²⁰

Lo cierto es que este precepto no termina de solucionar ninguno de los problemas de interpretación que arrastra esta normativa desde sus orígenes. Tal y como apuntan PITA GRANDAL y ANEIROS PEREIRA, no solo plantea problemas interpretativos, sino también en relación con los presupuestos de aplicación o la carga de la prueba de la concurrencia de los motivos económicos válidos, entre otros.²¹ Las dudas que se plantean son razonables: ¿Qué son razones válidas? ¿Válido para quién? ¿Es algo estático la realidad económica, o es algo dinámico? Pues bien, dado que el criterio para considerar el falseamiento es su carácter “válido”, y que esa validez ha de serlo para la propia administración, facilitaría mucho la labor de la planificación fiscal en una operación económica que el legislador redactase la norma directamente “*cuando el regulador así lo entienda*”, pues así al menos se tendría la seguridad jurídica de que no depende de lo que el operador haga o quiera demostrar que hace. CALDERÓN CARRERO advierte de los altos niveles de inseguridad jurídica que genera una redacción demasiado abierta o indeterminada, así como una configuración de su alcance vía jurisprudencia europea o, “*a golpe de sentencia del TJUE*”²². Propone, entre otras cosas, como mecanismo procedimental, que la Administración tenga la obligación de emitir un informe preceptivo sobre los motivos que le llevan a denegar la aplicación del régimen especial, y de esta forma evitar que se caiga en el automatismo.²³

²⁰ Desde mi perspectiva resulta confuso y problemático hacer referencia a la “*realidad económica*”. Si bien es cierto que se puede hacer un análisis de las circunstancias que rodean una operación en concreto, hablar de realidad económica no es acertado, pues no es menos cierto que una misma realidad económica puede ser percibida de manera diferente, y sobre todo afecta de manera diferente a los distintos agentes económicos. Es más, una operación puede no obedecer a la realidad económica existente por múltiples factores, por ejemplo, estratégicos o de planificación a años vista. Al hablar de realidad económica, en mi opinión, el legislador comunitario está tratando al mercado como algo que no es, como si fuese un estado, un ente estático, cuando es todo lo contrario, una realidad totalmente dinámica y cambiante que en raras ocasiones podemos decir que se asienta en un plano en concreto. Creo se podrían utilizar otras fórmulas más concretas, como “*imagen fiel del entorno en el que se opera*”, lo que nos daría un mayor grado de concreción.

²¹ PITA GRANDAL, A-M. y ANEIROS PEREIRA, J.: “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica Tributaria*, núm. 144, 2012, pág. 148.

²² CALDERÓN CARRERO, J-M.: “Una vuelta de tuerca a la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones ¿hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?”, *Rev. Contabilidad y Tributación*, núm. 347, 2012, pág. 38. Resulta interesante que llega a acuñar el término “*mosaico jurisprudencial*”.

²³ *Ibid.*, pág. 39

En otros términos, el TJUE recuerda en la sentencia Halifax²⁴, en sus apartados 93 y 94, que “*la comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación*”, que las operaciones realizadas en el marco de una práctica abusiva “*deben ser redefinidas para reestablecer la situación a como habría sido de no haber existido tales prácticas.*” Matiza así la presunción existente alrededor de una práctica abusiva y su traducción en fraude fiscal pues, como bien dice, únicamente se trata de una ventaja fiscal que no se concede y que por lo tanto lo único que debe ocurrir es la restitución a la situación anterior.

La situación se vuelve cada vez más problemática cuando la Agencia Tributaria utiliza estos mecanismos antiabuso para endurecer sus procedimientos y comete excesos en su proceder a la hora de interpretar la validez o no de determinados criterios económicos. Una dura crítica a este respecto la realiza el TS en la sentencia de 14 de octubre de 2015²⁵, en la que cuestiona directamente el proceder de la Administración en su fundamento jurídico primero alegando que “*parte de unos postulados incorrectos, en tanto que entiende que bastaría con que un negocio lícito, válido, querido por las partes y celebrado con total ausencia de violencia sobre las formas jurídicas, pueda conducir a la privación del régimen de diferimiento en las operaciones societarias, es de repetir que con total independencia de la licitud del negocio jurídico celebrado, siempre que sea posible hallar una alternativa igualmente válida pero más gravosa para el contribuyente, indicando otras opciones negociales que excluyan la escisión parcial como vía de instrumentar la cesión de rama de actividad, con tal de que, en su resultado, supongan una carga tributaria mayor para el interesado*”

Sostiene el TS que, “*con tan insólita postura*”, y “*pese a su claro alejamiento de cualquier remota idea de fraude*, ha resistido incólume a lo largo del procedimiento inspector, de la vía económico-administrativa y de este proceso, 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

²⁴ STJUE de 21 de febrero de 2006, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise, asunto C-255/02 (TJCE 2006, 383)

²⁵ STS 4256/2015, Sala Tercera, de 14 de octubre de 2015, rec. 3392/2013.

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”.

Siguiendo en palabras del propio TS: “partiendo de esa *posición maximalista*, deviene *inútil* todo intento de explicación acerca de la concurrencia de los motivos económicos válidos presentes en la operación y que la Administración desecha de plano, al no encajar en su *preconcebida teoría sui generis* acerca del fraude, en la que encuentra acomodo añadido en el hecho de que no precisa de prueba alguna acerca de la ilicitud o fraude de la operación llevada a cabo, pues cualquier motivo económico será *inválido, necesariamente*, a los efectos del art. 110.2 LIS , cuando se encuentre una opción que determine un gravamen superior”. Estas duras críticas reflejan exceso en las actuaciones administrativas del caso y dejadez en su control de la legalidad que, como apunta el tribunal, “sitúan el manejo de una cláusula antifraude que, por su propia naturaleza, debería ser excepcional”.²⁶

Para el alto tribunal resulta suficiente “que el contribuyente argumente y razone ampliamente acerca de los motivos económicos determinantes en él, sin que sea precisa una prueba plena para que quede desactivado el concepto de fraude o evasión fiscal que abre la puerta a la utilización de la cláusula antiabuso”, y no es la primera vez que se refiere a este problema, pues se apoya en pronunciamientos similares realizados con anterioridad, como pueden ser las sentencias de 8 de marzo de 2012²⁷ y otras de 7 de abril de 2011.²⁸

²⁶ Con la cursiva hemos querido enfatizar la dureza de los términos utilizados por el TS para referirse a la Administración al cometer determinados excesos en su proceder. Así, vemos aseveraciones tales como “postulados incorrectos”, “insólita postura”, “alejamiento de cualquier idea remota de fraude”, “posición maximalista”, “preconcebida teoría suigéneris”; llega a ironizar incluso con los términos “economía de opción inversa” para poner de manifiesto lo “inútil” que le resulta al contribuyente argumentar con ella, y por si todo ello no fuese suficiente, termina recordándole que debe “someterse a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, para “proteger los intereses del contribuyente”.

²⁷ STS 2356/2012, Sala Tercera, de 8 de marzo de 2012, rec. 3777/2008

²⁸ STS 2739/2011, Sala Tercera, de 7 de abril de 2011, rec. 2281/2008.

STS 2598/2011, Sala Tercera, de 7 de abril de 2011, rec. 4939/2007.

STS 2601/2011, Sala Tercera, de 7 de abril de 2011, rec. 5999/2008

3. La autonomía de la cláusula antiabuso frente al art. 15 LGT. Abuso de la cláusula antiabuso

El art. 15 LGT²⁹ regula el llamado conflicto en la norma tributaria, recogiendo los supuestos en los que se evita total o parcialmente la realización de un determinado hecho imponible o se minora la deuda tributaria mediante conductas artificiosas, impropias del resultado que se pretende obtener, o que únicamente tienen como consecuencia el ahorro fiscal. Visto de esta forma, parece claro que la norma antiabuso del art. 89.2 LIS actúa de la misma manera que esta otra, y que cabría incluirla dentro de la misma para un uso conjunto. Pero si bien es cierto que el objetivo que regulan es similar, la cláusula antiabuso del art. 89.2 LIS supone una cláusula autónoma de la del art. 15 LGT, con unos objetivos propios específicos que esta última no expresa, traducidos aquéllos en el hecho de regular exclusivamente el acceso o no a las ventajas fiscales del régimen especial del capítulo VII, título VII LIS.

Es esa autonomía la que ha le ha conferido un poder tan grande a la cláusula antiabuso, permitiendo en ocasiones su uso desproporcionado. De hecho, el TS en una sentencia del 5 de julio del 2010³⁰ entiende, en el fundamento jurídico cuarto, que esa especificidad de la cláusula antiabuso no es más que *“una emanación del artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial”*, y defiende la utilización de la doctrina del levantamiento del velo para *“autorizar a los jueces a penetrar en el verdadero sustrato personal de las entidades con el propósito de evitar que, en fraude de ley, hagan uso de su personalidad jurídica independiente para causar perjuicios a intereses públicos”*, y así *“desenmascarar la operación cualquiera que sea la calificación que merezca (fraude, simulación, etc.)”*

PITA GRANDAL y ANEIROS PEREIRA recuerdan que en este punto es donde cobra importancia la jurisprudencia del TJUE en torno al concepto comunitario de abuso de derecho, y que podría decirse que hay abuso y puede aplicarse una cláusula antiabuso de tipo fiscal cuando el comportamiento del contribuyente no se ajusta o no se encuentra cubierto por los fines que persigue la norma comunitaria.³¹

²⁹ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

³⁰ STS 3772/2010, Sala Tercera, de 5 de julio de 2010, rec. 373/2007.

³¹ PITA GRANDAL, A-M. y ANEIROS PEREIRA, J., op.cit, pág. 117.

En ese mismo sentido se expresa el TJUE en la sentencia *Kofoed*³² cuando en su apartado 38 recuerda “*el principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido*”, y que “*los justiciables no pueden invocar las normas del Derecho comunitario de manera abusiva o fraudulenta. La aplicación de estas normas no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario*”. LÓPEZ TELLO ha señalado que *Kofoed* supone una puerta abierta a la aplicación prácticamente directa de la cláusula antiabuso de la Directiva por aquellos Estados miembros que no cuenten con una cláusula similar *ad hoc* de ley nacional, con tal de que en su Derecho interno exista una disposición o un principio general de prohibición del abuso del derecho en materia fiscal.³³ En relación con esto, el TJUE se apoya en numerosa jurisprudencia como por ejemplo la ya citada sentencia *Halifax*, o los casos *Centros*³⁴, *Agip Petroli*³⁵ o *Cadbury Schweppes*³⁶.

En definitiva, como explica la profesora NAVARRO EGEA, el reconocimiento de la autonomía de la cláusula antiabuso del art. 89 permite que su aplicación pueda tener lugar en el curso de las actuaciones de comprobación e investigación desarrolladas por la Administración, sin que sea necesario acudir al expediente especial previsto en la LGT para el conflicto en la aplicación de la norma. Esta posibilidad alimenta, sin embargo, su uso exacerbado por parte de los órganos de la Administración,³⁷ extremo que ha sido denunciado en determinadas ocasiones por el TS, como ya hemos visto.

Podemos traer a colación otro ejemplo, en este caso de la Audiencia Nacional, que en una sentencia de 22 de septiembre de 2011³⁸ advierte que “*existe una preocupante tendencia, en la Administración tributaria, al abuso de las cláusulas antifraude*

³² STJUE de 5 de julio de 2007, *Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet*, asunto C-321/05 (TJCE 2007, 183)

³³ LÓPEZ TELLO, J., pág. 48.

³⁴ STJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd contra Erhvervs - og Selskabsstyrelsen*, asunto C-212/97 (TJCE 199, 47)

³⁵ STJUE de 6 de abril de 2006, *Agip Petroli SpA v Capitaneria di porto di Siracusa and Others*, asunto C-456/04 (TJCE 2006, 110)

³⁶ STJUE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, asunto C-196/04 (TJCE 2006, 110)

³⁷ NAVARRO EGEA, M.: *La neutralidad fiscal de las aportaciones de ramas de actividad*, Cuaderno *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, 2016, pág. 6.

³⁸ SAN 4101/2011, Sala Tercera, de 22 de septiembre de 2011, rec. 361/2008.

provenientes de la legislación comunitaria y que han sido concebidas para combatir situaciones de elusión fiscal a las que se llega mediante la utilización de formas”.

A los ojos de la propia Audiencia Nacional, en aquel asunto la Agencia Tributaria prefirió no pronunciarse sobre los sólidos argumentos esgrimidos por parte del inspeccionado durante el proceso para justificar los motivos económicos válidos. Para la AN, esa negativa por parte de la Agencia Tributaria a admitir la concurrencia de motivos económicos válidos llegó *“hasta la extravagancia”*, ya que se establecía una presunción iuris et de iure de fraude que *“no sólo no tiene apoyatura legal, tal como es formulada, sino que resiste cualquier intento de explicación, razonamiento o prueba intentada por el contribuyente”*³⁹ Además de esto, la AN se sumó en aquel asunto a la denuncia de identificar beneficio fiscal con presunción de fraude, ya que se estaba asimilando el concepto de fraude con la elección de formas jurídicas que resultasen más gravosas fiscalmente, *“lo que en modo alguno es razón para desacreditar el negocio jurídico llevado a cabo y, menos aún, para privarle de sus consecuencias propias, incluidas las estatuidas en el terreno fiscal”*.

Estas interpretaciones maximalistas, a las que recurre en algunos casos la Agencia Tributaria para poder justificar sus procedimientos de comprobación y regularización, en ocasiones se ven reflejadas también en las respuestas que da la Dirección General de Tributos a las consultas planteadas. Podemos tomar como ejemplo una consulta de fecha 27 de abril de 2016⁴⁰ que recoge de manera bastante clara esta idea, y es que en ella el centro directivo rechaza los motivos económicos alegados por el contribuyente amparándose en la existencia de una operación alternativa a la practicada y que, siendo aquella más gravosa tributariamente, conduce a la DGT a entender que detrás de la operativa realizada se oculta una maniobra de planificación fiscal injustificada.

Sin embargo, para ser justos ha de reconocerse que los criterios de la DGT respecto del tema analizado son muy variados, recogiendo multitud de matices que de algún modo impiden afirmar que la misma mantenga una “doctrina oficial” al respecto. En ese sentido, existen muchas contestaciones a consultas en las que se reconoce la

³⁹ Se repite aquí el calificativo de *“maximalista”* que ya vimos en el TS respecto de la posición de la Agencia Tributaria. Y acuña además en este caso el término de *“autodoctrina”*, para referirse a un recurrente modo de justificación jurídica en la que, en palabras de la propia AN, *“no se alude a ninguna sentencia de los Tribunales de Justicia, que integran la verdadera jurisprudencia, sino se cita el criterio reiterado del propio TEAC, pese al carácter inmanente de que adolece y a que no es una fuente del Derecho”*.

⁴⁰ Consulta V1850-16, de 27 de abril de 2016 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

validez de los motivos económicos invocados, como pueden ser la búsqueda de la racionalización de diferentes ramas de actividad; la desvinculación de riesgos empresariales; facilitar la futura sucesión patrimonial; o la simplificación de la gestión familiar del mismo.⁴¹ Y eso nos sirve para cerrar este bloque y anclarlo con el siguiente, en el que analizaremos precisamente en qué consisten estos motivos económicos válidos y la problemática que plantean.

⁴¹ Véanse a este respecto las consultas: V1596-13, de 14 de mayo de 2013; V1261-15, de 24 de abril de 2015 o V2857-13, de 26 de septiembre de 2013. En estas consultas se tratan cuestiones dentro del ámbito familiar y sucesorio. En la de 2015, por ejemplo, se da por válido como motivo económico la “*facilitación de la sucesión en la titularidad de las actividades económicas de la empresa y posibilitar así el relevo generacional en liderazgo de las mismas*”; y en las consultas de 2013 se pone de referencia el complejo debate entre la aceptación como motivo económico válido de una operación de reestructuración conjunta con determinadas donaciones, dependiendo de si las donaciones se practican con anterioridad o posterioridad a ella. La DGT argumenta en este sentido que, si las donaciones son posteriores a la operación de reestructuración, no se dan motivos económicos válidos, pues se estaría poniendo de manifiesto que el objetivo principal de la operación estaba íntimamente ligado con la realización de esas donaciones a su misma continuación.

Capítulo 2.- Los motivos económicos válidos

1. Concepto y criterios de aplicación de los MEVS.

Como ya se apuntó al inicio del capítulo anterior, es con la aparición de la Directiva 90/434/CEE cuando se emplea por primera vez el concepto de los motivos económicos válidos, concretamente en su art. 11, expresión que a partir de ahí se iría expandiendo por nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 29/1991 que transpuso dicha normativa. La idea de los motivos económicos válidos, o *MEVS*, que se mencionan en la cláusula antiabuso, tiene como finalidad evitar que el contribuyente se acoja al régimen especial de diferimiento fiscal pensado para las operaciones de reestructuración con el mero objetivo de lograr un ahorro fiscal, es decir, que no se puedan utilizar estas prácticas como meros vehículos financieros. La redacción que nos encontramos actualmente de los motivos económicos válidos se expresa de la siguiente forma en el art. 89.2 LIS: *“No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”*.

Cabe destacar que, como adelantábamos en las primeras páginas de este trabajo, este articulado vigente es prácticamente idéntico a su predecesor, el art. 96.2 del TRLIS de 2004, con un pequeño detalle que interesa destacar. Nos referimos a la eliminación del párrafo completo que hacía referencia a la posibilidad que tiene el administrado de realizar consultas preventivas a la Agencia Tributaria sobre el cumplimiento en cada caso de los requisitos necesarios para poder beneficiarse del régimen especial.⁴²

La realización de consultas a la DGT por parte del contribuyente antes de realizar una operación se ha convertido en una práctica muy habitual, y es que hay casos en los que se analiza la operación con un detalle tal que la extensión de la respuesta no deja

⁴² El precepto eliminado que pertenecía al art. 96.2 TRLIS y que ya no se encuentra en el vigente art. 89.2 LIS establecía que: *“en los términos previstos en los artículos 88 y 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente capítulo en éste y cualesquiera otros tributos.”* Se podría analizar el motivo de esta modificación al eliminar este precepto, ya que no pasa desapercibido, pero lo que no ofrece dudas es que el hecho de realizar consultas tributarias supone para el contribuyente una operación extra muy importante que debe realizar para justificar una actuación futura.

lugar a demasiadas dudas. Como ejemplo de esto podemos citar una Consulta de 27 de abril de 2016⁴³ que, siendo ella misma la continuación de una Consulta precedente⁴⁴, finalmente rechaza los argumentos dados por el contribuyente para el caso planteado.

Volviendo al asunto principal, el concepto era difuso y poco concreto entonces y continúa siéndolo ahora, falta de concreción que ha generado una amplia jurisprudencia y doctrina que deriva en interpretaciones muy variadas. Y es que dependiendo de la instancia de que se trate los criterios son distintos y más o menos abiertos, lo que se puede poner de manifiesto con un pequeño análisis comparativo. Así, hemos tenido oportunidad de comprobar como frente a la negativa de la Agencia Tributaria de aceptar determinados motivos económicos alegados por no ser suficientemente exhaustivos, para el TS bastaba en algunos asuntos con que se argumentase razonablemente acerca de ellos, sin exigir al contribuyente una carga probatoria plena que desactivase el concepto de fraude,⁴⁵ ya que entendía que suponía para éste un ejercicio demasiado costoso de afrontar en aquel caso.

Hemos visto también como la Dirección General de Tributos se dividía entre rechazar motivos económicos alegados por existir alternativas de operaciones o negocios más gravosas que las seleccionadas por el contribuyente⁴⁶, y aceptar motivos económicos tan variados como pueden ser aquellos con fines sucesorios o familiares.⁴⁷ Incluso la AN puso de manifiesto como en determinadas ocasiones la Agencia Tributaria exigía una prueba muy exigente al contribuyente para aceptar los motivos económicos alegados, mientras que en otras ocasiones se estaban haciendo *oídos sordos* a los razonamientos que el particular estaba poniendo encima de la mesa.⁴⁸

Hasta tal punto se han llegado a poner de manifiesto las citadas discrepancias que mientras la Agencia Tributaria se amparaba en la Directiva para esgrimir sus razonamientos jurídicos contra el contribuyente, el TS ha recordado en reiteradas ocasiones que simple y llanamente una directiva no puede ser invocada como tal contra un particular, ya que se estaría dando un efecto directo vertical inverso, y la Directiva no puede por sí sola crear obligaciones a los particulares.⁴⁹

⁴³ Consulta V1850-16, de 27 de abril de 2016 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁴⁴ Consulta V1707-15, de 29 de mayo de 2015 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁴⁵ STS 4256/2015, Sala Tercera, de 14 de octubre de 2015, rec. 3392/2013.

⁴⁶ Consulta V1850-16, de 27 de abril de 2016 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁴⁷ Consulta V1261-15, de 24 de abril de 2015 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁴⁸ SAN 4101/2011, Sala Tercera, de 22 de septiembre de 2011, rec. 361/2008

⁴⁹ STS 2356/2012, Sala Tercera, de 8 de marzo de 2012, rec. 3777/2008

El propio TS también ofrece una gran variedad de respuestas dependiendo de cada caso, y por ello resulta tan problemático el concepto de los *MEVS*. Así, por ejemplo, las posiciones más estrictas que hemos encontrado contra la Administración⁵⁰, han sido mantenidas en ocasiones por el Alto Tribunal, que ha dado la razón a ésta en muchas ocasiones y ha rechazado los argumentos alegados por el contribuyente que recurría. Un ejemplo de argumento utilizado muy frecuentemente por el contribuyente para defender su posición es alegar la falta de justificación en una sentencia porque considera que sus motivos económicos no fueron suficientemente rebatidos. El TS, en la STS 2356/2012 recuerda en un caso así al contribuyente que no es lo mismo la incongruencia omisiva “*que supone una inexistencia de conocimiento y resolución acerca de alguna de las pretensiones o cuestiones sustanciales planteadas por las partes*” que la falta de motivación suficiente de la sentencia, que supone en cambio “*una decisión acerca de las pretensiones y cuestiones planteadas, mas con falta de exteriorización del razonamiento lógico-jurídico del juzgador que justifique su decisión*”. El alto tribunal explica aquí al recurrente que la motivación de la sentencia “*no exige que la resolución judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión.*”

Las discrepancias de criterios también se dan entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo a raíz de las circunstancias concretas de la amplia variedad de casos. Un ejemplo claro de ello lo podemos señalar con una sentencia de la AN de 25 de abril de 2013⁵¹, que requería del proceder de la Administración que el rechazo de los motivos económicos alegados en base a una presunción de fraude o evasión fiscal “*ha de estar plenamente acreditado por la Administración, enervando la finalidad organizativa o comercial en la que se fundan las decisiones empresariales de esta índole, sin que pueda confundirse con el aprovechamiento de determinadas ventajas fiscales mediante los mecanismos tributarios previstos*”.

La AN exigía aquí una carga de la prueba reforzada a la Administración para demostrar la inexistencia de motivos económicos válidos, entrando a valorar elementos objetivos y subjetivos del caso, algo que el TS ya hacía hincapié un año atrás cuando

⁵⁰ Véase por ejemplo la ya citada STS 4256/2015, Sala Tercera, de 14 de octubre de 2015, rec. 3392/2013, y concretamente los términos en los que se expresa.

⁵¹ SAN 2048/2013, Sala Tercera, de 25 de abril de 2013, rec. 187/2010

establecía que *“la valoración de la existencia de una finalidad o propósito económico válido debe realizarse teniendo en cuenta no sólo las circunstancias específicas que concurran en el momento de la realización de la operación, sino también aquellas otras previas, simultáneas o posteriores que pudiesen tener incidencia en la misma, cuya valoración deberá efectuarse en la fase de comprobación administrativa.”*⁵²

Sin embargo, aunque este criterio utilizado por la AN pueda parecer razonable, el propio TS vio necesario perfilarlo unos pocos meses después, y en una sentencia de 18 de noviembre del mismo año⁵³ aclaraba que, en el caso en concreto, *“la obtención exclusiva de esa ventaja fiscal constituye razón más que suficiente para concluir que el proceso de reestructuración analizado carecía de un motivo económico válido”*. Parecía evidente en aquel asunto que el único motivo al que se atendió era la rebaja fiscal, y es que el TS recordaba que *“una operación de reestructuración basada en diversos objetivos, entre ellos los de naturaleza fiscal, puede haberse realizado por motivos económicos válidos, pero si estos últimos no son los preponderantes, como sucede en este caso según las inferencias fácticas obtenidas por los jueces de la instancia, resulta legítimo concluir en la ausencia de aquellos motivos”*.

Este último razonamiento del TS resulta interesante porque en sus palabras aflora la doctrina asentada en el caso Foggia⁵⁴, donde se discutió sobre la aplicación del régimen especial en una operación de absorción en la que la sociedad absorbida no tenía actividad, arrojaba pérdidas y no aportaba ningún tipo de activo a la sociedad absorbente.

En ella, el TJUE establecía un método para la apreciación o no de los motivos económicos válidos, en relación con la existencia de un ahorro fiscal, haciendo un análisis comparativo entre las diferentes ventajas que se obtenían de la operación de cada caso. Se trataría de poner en una balanza, por un lado, el motivo del ahorro fiscal que se produce, y por otro lado los motivos económicos que no son de corte fiscal que también se alegan por parte del interesado. De esta forma, los motivos económicos alegados se rechazarían si el impacto del alegato fiscal tiene mucho más peso en la balanza que los

⁵² STS 2356/2012, Sala Tercera, de 8 de marzo de 2012, rec. 3777/2008

Véase también: STS 2198/2013, Sala Tercera, de 25 de abril de 2013, rec. 5431/2010.

⁵³ STS 5619/2013, Sala Tercera, de 18 de noviembre de 2013, rec. 654/2012.

Véanse también: STS 3455/2010, Sala Tercera, de 28 de junio de 2010, rec. 2100/2005; STS 3302/2012, Sala Tercera, de 14 de mayo de 2012, rec. 2144/2010; STS 4334/2012, Sala Tercera, de 18 de junio de 2012, rec. 5352/2009.

⁵⁴ STJUE de TJUE de 10 de noviembre de 2011, Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, asunto C-126/10 (TJCE 2011, 349)

alegatos de corte meramente económico o financiero. Y, al contrario, se aceptarían si se están más equilibrados.⁵⁵ Lo que el TJUE quería poner aquí de relieve es que no se puede hacer un juicio objetivo de todos los casos, sino que hay que estar al caso concreto y analizar todos los elementos en su conjunto, por mucho que en principio pueda parecer que el único motivo de la operación es de ahorro fiscal, pues ello por sí solo no implica la negación del régimen especial.

Esta valoración global de todas las circunstancias tanto objetivas como subjetivas no solo la podemos encontrar, como ya se ha señalado, en las manifestaciones del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o de la Dirección General de Tributos, sino también en las de los Tribunales Económico-Administrativos. Podemos tomar como ejemplo de ello una Resolución, concretamente del Tribunal Económico Central, de 5 de febrero de 2015⁵⁶, en la que también se realiza un análisis global de los elementos del caso para finalmente dar la razón a la Administración denegando la aplicación del régimen especial.

2. Operaciones de reestructuración. Reorganización patrimonial y planificación fiscal.

El art. 89.2 LIS se ubica dentro de su Título VII, concretamente en el capítulo VII, que lleva por rúbrica: “Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.” Se trata, por tanto, de un régimen especial pensado para operaciones de reestructuración

⁵⁵ En el apartado 35 de la citada sentencia, el TJUE explica este mecanismo en los siguientes términos: *“puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que éstas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada.”* Y en el apartado 37 concreta que, *“para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma”* Se pone así de manifiesto como esta doctrina se encuentra insertada en la STS anterior, de 18 de noviembre de 2013.

⁵⁶ Resolución del TEAC, 1975/2013/00/00 de 05 de febrero de 2015.

Véase también: Resolución del TEAC 6298/2012/00/00, de 8 de enero de 2015, en la que se dice expresamente que no se pueden *“enunciar, a priori, criterios objetivos y susceptibles de aplicación generalizada que permitan identificar aquellas operaciones de fusión, escisión..., que se consideren, por su mera concurrencia, realizadas principalmente con fines de fraude o evasión fiscal.”*, y exige para ello *“analizar no sólo la operación en sí misma, sino también los actos anteriores y posteriores, que se hallen regidos por un mismo propósito o finalidad, para a la luz de todos ellos, determinar la validez o no del motivo económico.”*

dentro del marco de la Unión Europea, orientado a facilitar los objetivos que se perseguían en la primigenia Directiva 90/434/CEE. Es la complejidad que suponen estas operaciones lo que provoca que el análisis de cada caso sobre la validez de los motivos económicos alegados sea tan minucioso y, pese a ello, que de antemano no se pueda predecir en muchos casos cuál será el criterio de la Administración o, en su caso, de los tribunales. Si finalmente una operación se considera válida, ésta podrá acogerse a este régimen especial que, en la práctica, supone la neutralidad fiscal de la operación mediante la concesión de un diferimiento de la carga impositiva generada con motivo de la misma.⁵⁷

Una de las operaciones de reestructuración más frecuente que nos encontramos en el tráfico empresarial consiste en reorganizar todo un patrimonio personal disperso en múltiples entidades y propiedades bajo una sociedad matriz, de la que las demás serán sociedades filiales. De esta forma, si la Agencia Tributaria da el visto bueno a los motivos económicos alegados por el contribuyente, la carga fiscal puede llegar a simplificarse cuantiosamente a partir de dicha operación debido a la nueva estructura patrimonial. Vamos a analizar muy brevemente en este epígrafe cómo un empresario persona física puede beneficiarse legalmente de este régimen para reorganizar su patrimonio y reducir su cuña fiscal.⁵⁸

La operación en cuestión consistiría en constituir una sociedad *Holding*, o matriz, que contenga todo el patrimonio del empresario y de la cuál él sería el administrador único y propietario del 100% de sus participaciones. En el momento de la constitución de la sociedad matriz, haría a la misma aportaciones no dinerarias consistentes en las participaciones que posee sobre las otras entidades que serán las filiales, o en elementos patrimoniales que tenga en su propiedad. De esta forma la sociedad matriz sería la que tendría el control efectivo de ellas, y se utilizaría como motor para la toma de decisiones al permitir tener el patrimonio organizado en un solo puño de manera más coherente, tanto para la actividad en el presente como en aras de una futura sucesión en el momento

⁵⁷ Establece el art. 77.1 LIS que “El pago de la deuda tributaria resultante, en el supuesto de elementos patrimoniales transferidos a un Estado miembro de la Unión Europea, o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, será aplazado por la Administración tributaria a solicitud del contribuyente hasta la fecha de la transmisión a terceros de los elementos patrimoniales afectados.” [...]

⁵⁸ En el ámbito del IRPF, el término *cuña fiscal* hace referencia a las retenciones practicadas en virtud de dicho tributo más las cotizaciones a la Seguridad Social de las empresas y de los trabajadores como porcentaje de los costes laborales totales (incluyendo la contribución de la empresa). Así, la cuña fiscal vendría a llamar la atención en la brecha entre el coste laboral real y el salario neto real de consumo. En otras palabras, la relación entre el coste laboral y el porcentaje de impuesto que paga. (Fuente: Wolters Kluwer, <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>)

de su fallecimiento. Una vez realizada la reestructuración, los beneficios fiscales de esta nueva estructura son muy importantes por lo que vamos a enumerar alguno de ellos.

En primer lugar, mientras que antes al repartir los dividendos esto tributaría en la base del ahorro de su IRPF, con la nueva configuración el reparto de los dividendos de las sociedades filiales hacia la matriz estaría exento conforme al art. 21 LIS⁵⁹, pudiendo acumularlos allí hasta que decida disponer de ellos.

Por otro lado, mientras que antes podría estar recibiendo retribuciones muy elevadas en su IRPF por ser administrador de las sociedades, ahora podría evitar esos tramos marginales del impuesto dejando que las retribuciones se acumulen en la matriz y posteriormente retirando el capital en pequeñas cantidades a medida que le fuese necesario, utilizando la matriz como un *vehículo monedero*.⁶⁰

La sociedad matriz también permite realizar transferencias de liquidez entre las diferentes entidades filiales a coste cero, mientras que antes de la operación el sujeto pasivo tendría que retirar primero los dividendos de una de ellas, tributando así en su IRPF. Esto se consigue beneficiándose de la exención por doble imposición interna prevista en el art. 21 LIS. En un primer paso, la matriz recibe dividendos de la sociedad con mayor disposición de liquidez, aplicándose la exención por dividendos prevista en el art. 21 LIS, sin incorporar en su base imponible del IS dichas cantidades. A partir de aquí, todo lo que permanezca en la sociedad matriz podrá destinarse a la creación de nuevas entidades, emprender nuevas inversiones o bien atender necesidades financieras de las sociedades filiales, todo ello a un coste cero, ya que esos dividendos solo tributan en sede del IS de la sociedad filial que las ha transmitido, pero no se producirá una nueva imposición por el mismo dividendo más adelante cuando bajen de la matriz hacia otras filiales. Es importante recordar que toda operación de financiación que se realice entre las entidades filiales tendría que ser a precio de mercado, por tratarse de operaciones vinculadas a los efectos del art. 18 LIS, y además en este caso para aplicarse la exención debe cumplir nuevamente los 2 requisitos señalados en el pie de página respecto al art. 21 LIS.

⁵⁹ La exención del art. 21 LIS exige dos requisitos importantes: que el porcentaje de participación sea de al menos un 5% o que el valor de la adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros, y que la participación permanezca durante un año de manera ininterrumpida.

⁶⁰ Hay que recordar que para poder seguir aplicando la exención en las participaciones (art. 5 RD 1704/1999) debe mantener una retribución como Administrador Único de la sociedad matriz de al menos el 50% de sus rendimientos económicos.

Otra de las finalidades nucleares de estas operaciones es favorecer la sucesión empresarial del negocio, sobre todo en situaciones familiares inestables o en las cuáles los herederos no tienen conocimientos empresariales suficientes como para gestionar la sucesión de un patrimonio muy diversificado. Tras la operación, los herederos heredarían la propiedad de las participaciones de la sociedad matriz en un solo bloque, recibiendo la totalidad del patrimonio en una sola mano, sin que haya riesgos de división del mismo. No sólo eso, sino que, además, una vez que la sociedad matriz cumpla los requisitos necesarios para conseguir la exención en el Impuesto de Patrimonio⁶¹, se puede obtener esa exención respecto de todo el patrimonio. Por último, si transmite a los miembros del grupo familiar los valores representativos de su capital social, también transmitirá la totalidad de las empresas familiares con la reducción prevista para la empresa familiar en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.⁶²

Finalmente, y añadiéndose a todo lo anterior, gracias a la nueva estructura se obtienen otras ventajas adicionales. Por ejemplo, en el caso de existir algún inmueble en el patrimonio y se vea afectado por una revalorización catastral, esta plusvalía queda latente, sin afectar a la persona física hasta que decida venderlo, por lo que se pospone el pago de dicha plusvalía municipal. El grupo entero también puede optar por conformarse como grupo consolidado y así evitar estar obligado a dar información sobre operaciones vinculadas en cuanto a precios de transferencia. Al acogerse a este régimen de consolidación fiscal (VI de la Ley 27/2014 de la Ley del Impuesto de Sociedades), se actúa como un único grupo consolidado a efectos del IS, lo que permitirá, entre otras cosas, compensar las posibles pérdidas que pueda sufrir una entidad en un determinado ejercicio con otra que haya aportado beneficios en el mismo. Además de ello, el contribuyente tendrá la consideración del grupo fiscal, y quien tendrá que hacer frente al pago de la deuda tributaria sería la matriz, respondiendo solidariamente el resto de las sociedades filiales. al no tener que realizar ningún informe relativo a precios de transferencia.

⁶¹ Poder aplicar la exención prevista en el IP es requisito indispensable para poder beneficiarse de la reducción por empresa familiar en el ISD.

⁶² Según se recoge en el art. 20 LISD, en caso de sucesión “mortis causa” existe una reducción en la base imponible del 95%, siendo en algunas Comunidades Autónomas de hasta el 99%. Pero, en todo caso, para que los herederos puedan beneficiarse de esa reducción, el causante debe haber cumplido ciertos requisitos: que su mayor fuente de renta en el IRPF provenga de su retribución como administrador en la sociedad matriz, y que haya ejercido funciones de dirección en la sociedad antes del fallecimiento.

Es evidente que todas estas ventajas se traducen en un importante ahorro fiscal, pero la cuestión clave, es justificar que este tipo de operaciones obedece a motivos económicos válidos, por lo que lo mejor para el sujeto pasivo sería plantear la situación a la propia Agencia Tributaria para evitar que la Administración termine denegándole la aplicación del régimen especial pretendido. Deberá para ello hacer un balance de los beneficios fiscales y no fiscales que se obtienen con la operación y así decidir si la aplicación del régimen especial es razonable o no. Podemos traer ahora a colación algunos ejemplos de consultas planteadas a la DGT en cuyas respuestas se abalan como motivos económicos válidos la simplificación en la gestión empresarial y la reducción de costes administrativos⁶³, la facilitación de la sucesión empresarial⁶⁴, o la búsqueda de una mayor solvencia y capacidad de endeudamiento y negociación frente a las entidades de crédito⁶⁵.

Tenemos también consultas que han analizado la posibilidad de que las remuneraciones por funciones directivas desempeñadas por los administradores de una sociedad matriz seas satisfechas por las filiales de la misma, sin perder el derecho a la exención contemplada en el art. 4.8.2 LIP, determinando que no es preciso que las funciones directivas ejercidas en la sociedad matriz sean remuneradas por la misma, pudiendo serlo por sus filiales, siempre y cuando así se prevea en la escritura de constitución o en los estatutos sociales tanto de la matriz como de sus filiales.⁶⁶

En otras ocasiones la DGT ha determinado que, a efectos de determinar la afectación de los inmuebles de una filial (sociedad de mera tenencia de bienes) de una entidad matriz, que los arrienda a las demás entidades del grupo para el desarrollo por éstas de sus actividades económicas, en lo que respecta a la exención de las participaciones en la entidad matriz en el IP, si la filial arrendadora de inmuebles no desarrolla por sí misma actividad económica alguna, las participaciones en la misma no tendrán derecho a la exención en el IP, debiendo determinar la sociedad matriz si ejerce una actividad conforme a la letra a) del art. 4.8.2 LIP.⁶⁷ Sobre la exención por empresa familiar, la DGT también ha establecido que, respecto de la pensión de jubilación, ésta era una cuestión ajena a la normativa tributaria, y que por lo tanto la percepción de esta

⁶³ Consulta V0472-06, de 23 de marzo de 2006 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁶⁴ Consulta V1261-15, de 24 de abril de 2015 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁶⁵ Consulta V0474-06, de 23 de marzo de 2006 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁶⁶ Consulta V0758-18, de 21 de marzo de 2018 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V0810-18, de 23 de marzo de 2018 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁶⁷ Consulta V2920-17, de 14 de noviembre de 2017 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

pensión no es obstáculo para la procedencia de esos beneficios fiscales por empresa familiar.⁶⁸

En referencia al requisito establecido en el art. 20.6 LISD sobre el mantenimiento de las participaciones, la DGT ha coincidido en numerosas consultas de 16 de junio de 2017 que, si tras una donación de empresa familiar se pretenden aportar las participaciones recibidas a entidades de nueva creación mediante operaciones acogidas al régimen especial, éstas no se incluyen dentro de los actos de disposición y operaciones societarias que conducen a perder el derecho a aplicar el beneficio fiscal de la empresa familiar si se cumplen dos requisitos: que se mantenga el valor de adquisición por el que se practicó la reducción, y se mantenga el derecho a la exención en el IP de las participaciones recibidas.⁶⁹

Como último ejemplo citaremos el caso de una herencia en la que el causante, socio y administrador único de una sociedad limitada no había desarrollado funciones directivas durante el año anterior al de su fallecimiento, período en el cual estuvo percibiendo prestaciones por baja de enfermedad que representaban más del 50% del total de las retribuciones percibidas en el ejercicio. Se concluyó en este caso que para comprobar el requisito del nivel de remuneraciones en las transmisiones mortis causa hay que atender al período comprendido entre el primer día del año y la fecha de fallecimiento, y que por lo tanto si como consecuencia del no ejercicio de funciones directivas durante el período de enfermedad hasta el fallecimiento no se cumple el requisito de retribución, no procede aplicar la exención en el IP ni tampoco la reducción de empresa familiar en el ISD.⁷⁰

3. Los *MEVS* en los paraísos fiscales.

Dado que gozar de una planificación fiscal de estas características casi pudiera parecer que se está en un paraíso fiscal sin salir de los límites del Estado, no es tampoco de extrañar que el propio concepto de los motivos económicos válidos también se utilice en referencia a determinadas actividades que se llevan a cabo en este tipo de jurisdicciones de muy baja o nula tributación. Así, como explica la profesora GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, en relación con las operaciones en paraísos fiscales de

⁶⁸ Consulta V1671-17, de 29 de junio de 2017 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁶⁹ Consultas V1547-17, V1548-17, V1549-17, V1550-17, V1551-17, V1557-17, V1558-17, V1559-17, V1605-17, de 16 de junio de 2017 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁷⁰ Consulta V0960-17, de 18 de abril de 2017 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

empresas residentes en España, se hace alusión al concepto de los motivos económicos válidos en lo relativo a residencia fiscal (art. 8 LIS), a la exención de dividendos y rentas por transmisión de participaciones (art. 21 LIS) y a la exención de la patent box (art. 23 LIS)⁷¹

El movimiento de la residencia fiscal por parte del contribuyente fuera del territorio nacional es una cuestión que adquiere tintes especialmente polémicos y controvertidos cuando la misma se traslada a un paraíso fiscal. El fondo del asunto radica en determinar cuál es el lugar efectivo en el que la empresa tiene su centro de actividad, un criterio que la Agencia Tributaria viene utilizando desde hace tiempo para perseguir conductas fraudulentas que impliquen situar la empresa en un territorio de baja o nula tributación mientras se mantiene en el país de origen una actividad suficientemente clara como para determinar que el cambio de residencia fiscal es artificial, es decir, que únicamente se utiliza para desviar dividendos o capitales fuera del territorio. Este es el motivo por el que el art. 8 LIS permite a la Agencia Tributaria presumir que, si una entidad desplaza su sede para radicarse en un paraíso fiscal, pero mantiene su centro de actividad en territorio español, se entiende que tiene su residencia en España.⁷²

Algo parecido ocurre en el IRPF, cuando el art. 8.2 LIRPF sujeta al impuesto a un contribuyente que ha cambiado su residencia a un territorio de baja o nula tributación, tanto durante el año del traslado como en los 4 siguientes. Lo que se persigue con ello es que el sujeto pasivo justifique que la intención de trasladarse al paraíso fiscal no era algo esporádico y que su intención es mantenerlo durante un período de tiempo razonable.

Del mismo modo que ocurre con las operaciones de reestructuración, el contribuyente debe justificar que esos cambios atienden a motivos económicos válidos para que no se le apliquen los impuestos en cuestión, pero es difícil hacerlo cuando la mayor parte de su activo y el centro de sus operaciones continúan en España. Como bien apunta GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, prácticamente la única justificación podría ser que realiza su principal labor comercial en la zona donde se encuentra el paraíso fiscal,

⁷¹ GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M-J.: “Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2019, pág. 13.

⁷² “La Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la gestión de valores u otros activos.”

justificándolo por proximidad geográfica, e íntimamente relacionado con la actividad económica que realice, resultando desde un primer momento excluidas las sociedades patrimoniales cuyo activo mayoritario radique en España. Pero no hay que olvidar, que cuando se hace referencia al activo, este incluye el intangible, entre el que se encuentra el fondo de comercio, de modo que consideramos que difícilmente se podrá justificar si la mayor parte de su clientela se encuentra en España. Si el argumento de la Administración para atraer la residencia a España se refiere a la dirección de los negocios, en este caso puede ser más fácil plantear la existencia de un MEV que justifique la no residencia en España, puesto que la residencia de los directivos no tiene porqué definir la residencia de una entidad.⁷³

Además de lo anterior, en relación con el cambio de residencia a un paraíso fiscal, también encontramos mención a los motivos económicos válidos respecto de la exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español, recogida en el art. 21 LIS. Para poder aplicarse se recogen dos requisitos que deben ser cumplidos y que ya se señalaron anteriormente: que el porcentaje de participación en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros, y que en el caso de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento.

Pues bien, respecto al segundo requisito se establece a continuación que en ningún caso se entenderá cumplido cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, negando por lo tanto la aplicación de la exención. No obstante, la norma da una última oportunidad si se demuestre que reside en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredita que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas.

La cuestión de los motivos económicos válidos y los paraísos fiscales es de gran importancia, ya que, la desviación hacia ellos de capitales y de beneficios que se obtienen en el territorio nacional provoca grandes distorsiones sobre el principio de contribución

⁷³ GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M-J.: *op cit*, pág. 15.

conforme a la capacidad económica de cada individuo⁷⁴, invirtiendo negativamente la carga tributaria hacia quienes cuentan con menos recursos en comparación para sostener el gasto del Estado.

⁷⁴ Art. 31.1 CE: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.”

Capítulo 3.- La “no” validez del motivo económico invocado. Consecuencias jurídicas

1. Eliminación de los efectos fiscales

Establece el art. 89.2 en su último párrafo que, si se demuestra que las operaciones llevadas a cabo por el sujeto pasivo no atendieran a motivos económicos válidos, la consecuencia sería “la eliminación exclusivamente de los efectos de la ventaja fiscal”.

Esa última precisión tiene mucha importancia pues a menudo se tiende a confundir esta consecuencia con la imposición de una sanción. Relacionado con ello está también la diferencia entre la infracción directa de una norma, con la consecuencia de la aplicación del régimen general; y la infracción indirecta de una norma, en cuyo caso estaríamos hablando de una actuación en fraude de ley.⁷⁵ Por lo tanto, los efectos de dicho precepto en la práctica se traducen, cuando no se acepte la validez de los motivos alegados, en la comunicación por parte de la Administración de una propuesta de liquidación al sujeto pasivo para regularizar su situación, pidiendo la devolución de las cantidades en las que se hubieran traducido los beneficios fiscales que, entonces, habrían de considerarse indebidamente disfrutados al amparo de un régimen especial que finalmente no resultaría de aplicación.

La Sentencia del caso Halifax⁷⁶ ya establecía a este respecto que cuando la Administración detecta que una operación se está acogiendo al régimen especial sin atender a motivos económicos válidos, ello no implica la imposición de una sanción, sino “una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación”, para que se pueda restablecer la situación jurídica del sujeto pasivo de no haberse realizado dicha operación. Sin embargo, uno de los puntos más conflictivos aquí es la interpretación más o menos amplia que se le daba al art. 15 de la actual Directiva 2009/133, respecto a los impuestos que entran en juego en una operación de reestructuración, pues son muy variados y ello genera problemas. Esto dio lugar a un importante pronunciamiento del

⁷⁵ Esta diferenciación la expresaba el TS en la sentencia ya citada de 16 de enero de 2014 (STS 96/2014, Sala Tercera, de 16 de enero de 2014, rec. 390/2011)

⁷⁶ STJUE de 21 de febrero de 2006, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise, asunto C-255/02 (TJCE 2006, 383)

TJUE a razón del caso *Zwijnenburg*⁷⁷, donde se analizó una operación de reestructuración patrimonial dentro del ámbito familiar en Holanda.

La familia buscaba acogerse al régimen especial para beneficiarse también de las ventajas fiscales respecto de la transmisión de un inmueble, lo que llevó a la Administración holandesa a sospechar y denegarle el acceso a dicho régimen especial y a las consecuentes ventajas fiscales respecto de aquel impuesto en concreto.

El TJUE falló aquí estableciendo que la Directiva no realiza una armonización de todos los impuestos nacionales que pueden verse afectados y que por lo tanto se debe permanecer siempre dentro de los parámetros que marca el ámbito de aplicación de la misma. Así pues, el análisis del caso a tenor de la naturaleza de la Directiva debe entenderse únicamente respecto de las operaciones y de los impuestos relacionados en ella.⁷⁸ Como explica FALCÓN Y TELLA, se pretende de este modo dar prioridad a la economía de opción y respetar las operaciones realizadas, aunque las mismas se hayan realizado por razones meramente fiscales,⁷⁹ limitando el alcance de la cláusula a los impuestos sobre sociedades de las entidades que participan en la operación y sobre la renta de sus socios.⁸⁰

En consecuencia, en el caso *Zwijnenburg* el TJUE no denegó los efectos fiscales obtenidos gracias al régimen especial que afectaban a un impuesto en concreto por no estar éste dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, como era el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, y le deniega a la Administración el uso de la cláusula antiabuso respecto de este impuesto cuando se está invocando esta normativa, ya que *“no existe indicio alguno en dicha Directiva que permita afirmar que ésta quiso extender las ventajas a otros impuestos, como el controvertido en el asunto principal, que constituye un impuesto recaudado con ocasión de la adquisición de un inmueble sito en el Estado*

⁷⁷ STJUE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-352/08 (TJCE 2010, 147)

⁷⁸ El TJUE expresaba esto declarando que *“los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, consiguientemente, entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista por el artículo 11, apartado 1, letra a), de la misma son los expresamente contemplados por ella.; y que la cláusula antiabuso no se puede aplicar respecto de “un impuesto, como el controvertido en el procedimiento principal, cuya base impositiva y tipo difieren necesariamente de los aplicables a las fusiones y a las demás operaciones de reorganización de sociedades”*

⁷⁹ FALCÓN Y TELLA, R.: “El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010 *Zwijnenburg*) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de las calificaciones híbridas en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, *RBS*)”, *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2011, editorial, pág. 11.

⁸⁰ *Ibid.*, pág. 8.

miembro de que se trate.” La Administración holandesa debía limitarse a hacer el análisis de los motivos económicos válidos respecto del impuesto de sociedades, sin poder rechazar la operación en todo su conjunto, y tendría que ser el juez holandés el que valorase un posible fraude respecto de ese impuesto en particular.

Como ya se comentaba anteriormente, esta sentencia ha tenido mucho impacto en los diferentes Estados Miembros, ya que muchos de ellos, como es el caso de España, cuentan en su legislación interna con un impuesto que grava las transmisiones patrimoniales (ITPAJD, en nuestro caso), y que tiene mucha incidencia en las operaciones de reestructuración. Podemos encontrar ejemplos de la aplicación práctica de esta doctrina por parte de la Administración en varias consultas planteadas a la DGT relacionadas también con operaciones de este tipo en el ámbito familiar. Habíamos citado al principio del trabajo la problemática que suponían las operaciones de reestructuración planeadas junto a donaciones dentro del ámbito familiar⁸¹, que dependiendo del momento en que se planease formalizar la donación podría considerarse que la operación tenía un carácter meramente instrumental, por lo que no atendería a motivos económicos válidos. Pues bien, en relación con esto podemos destacar el caso de una consulta de 2015⁸² que, tratándose también de una operación unida a una donación, se aplicó la doctrina del caso *Zwijnenburg* al considerar la Administración que, a pesar de que del análisis se pudiera sospechar de la presencia de un motivo económico no válido respecto del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, la Administración no podía aplicar la cláusula antiabuso respecto de este extremo por no estar dicho impuesto incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, y por lo tanto en aquel caso únicamente se podría valorar la posible abusividad del régimen fiscal respecto del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Tanto es así que aplica la doctrina del TJUE que hace mención expresa⁸³ al caso *Zwijnenburg* y resume los apartados más importantes de la sentencia para aplicarlos al caso a continuación. Finalmente, la DGT establece para ese caso que la cláusula antiabuso establecida en el artículo 89.2 LIS, *“sólo puede utilizarse para aquellos supuestos en que*

⁸¹ Consulta V1596-13, de 14 de mayo de 2013 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V2857-13, de 26 de septiembre de 2013 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁸² Consulta V3940-15, de 9 de diciembre de 2015 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

⁸³ En palabras de la propia DGT, *“No obstante lo anterior, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-352/08, de 20 de mayo de 2010, sobre la denegación de las ventajas de la Directiva 90/434 en el supuesto de que un conjunto de operaciones tenga por objeto evitar el devengo de un impuesto distinto a aquellos a los que se refieren las ventajas de la propia Directiva, establece que...”*

la ventaja fiscal se encuadra en un impuesto afectado por la propia Directiva (Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), y no para impuestos distintos a los anteriores, como es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones". No obstante, el centro directivo perfila esto indicando que, a pesar de lo anterior, "ello no impide, en su caso, la aplicación por parte de la Administración Tributaria de alguna de las figuras reguladas en el Título I, Capítulo II, Sección 3ª LGT, si se estimase la concurrencia de los presupuestos establecidos en las mismas", refiriéndose a los preceptos del conflicto de aplicación de la norma tributaria y de simulación (arts. 15 y 16 LGT)

Desde mi punto de vista, puede parecer un poco excesivo la rigidez que expresa el TJUE en este caso al asentar esta interpretación de la norma comunitaria. Si bien es cierto que la Directiva únicamente contempla en su ámbito de aplicación una serie determinada de figuras impositivas, fuera de las cuáles la Administración de un Estado Miembro no podría utilizar la cláusula antiabuso, tampoco parece razonable que la utilidad práctica de esta cláusula, que tiene su claro motivo de existencia, se vea limitada por la soberanía que tiene cada Estado de establecer sus figuras impositivas. Dicho de otra manera, en mi opinión, lo que se establece en la sentencia tendría un mayor sentido si se tratasen de "impuestos comunitarios", si algo así existiese; pero pierde el sentido toda vez que limita la aplicación práctica de la cláusula antiabuso por parte de las Administraciones en virtud de las figuras impositivas nacionales de que se traten, creando grandes diferencias de aplicabilidad de esta doctrina dependiendo del Estado Miembro del foro. Al existir legislaciones diferentes, nos encontramos con Estados Miembros con figuras impositivas distintas, incluso con algunas que sólo existen en unos y no en otros. El TJUE ni siquiera establece de manera clara y precisa si esta doctrina también se aplica para las figuras impositivas que puedan tener una "razón de ser análoga" a las planteadas en la directiva. Creo que se le da una interpretación demasiado restringida a la aplicación de la cláusula antiabuso, y es que si nos limitamos a repasar cuál es la naturaleza de este precepto, es decir, el motivo por el que tuvo lugar su existencia, concluiríamos que carece de sentido priorizar en estos casos la soberanía nacional en materia impositiva.⁸⁴

⁸⁴ Esto es así de contradictorio toda vez que, en palabras del propio Consejo, el objetivo que se perseguía con la primera Directiva era el de "crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común", y para ello se querían evitar "restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros"; por lo que "sólo un régimen fiscal común puede constituir una solución satisfactoria al respecto."

2. El concepto de fraude fiscal.

Uno de los grandes problemas que conlleva la normativa antifraude, es decir la cláusula antiabuso, es el propio concepto jurídico del fraude, y es que a día de hoy continuamos enfrentándonos, ante cada operación de reestructuración patrimonial, a la disyuntiva de si se pasa o no se pasa el test de la Agencia Tributaria sobre los motivos económicos válidos.

El concepto del fraude fiscal es delicado en este ámbito pues es bien distinto ser acusado de fraude fiscal y recibir una mera liquidación provisional en la que te obligan a devolver unas cantidades en concepto de beneficios fiscales indebidamente obtenidos.

Al inicio del trabajo hemos analizado como fue evolucionando esta normativa desde sus orígenes, habiéndose perfilado con cada nueva redacción llegando incluso a eliminar determinados párrafos. Pero nos llama la atención que uno de los tenores se mantiene idéntico desde sus principios con la primera redacción dada por la Directiva 90/434, es la referencia al fraude fiscal.⁸⁵ La norma se refiere a “*finés de fraude o evasión fiscal*”, y el problema no radica tanto en el aspecto del *fraude* sino en el de los *finés*, pues aquí entra en juego, como ya analizamos, la economía de opción dando mucho que hablar.

Ahondando en el concepto del fraude, hay que destacar que el significado que de él se desprende en la Directiva 90/434, en la Ley 29/1991, o posteriormente en la Ley 43/1995, la ley 14/2000, el RDL 4/2004, la vigente LIS o la Directiva 2009/133/CEE, no es coincidente con lo que habitualmente se conoce como fraude. Como ya analizamos anteriormente, este fraude al que hace referencia la cláusula antiabuso con la expresión “*finés de fraude o evasión fiscal*”, tiene más que ver con el art. 7.2 de nuestro Código civil, que prohíbe el uso abusivo del derecho, que con el art. 15 LGT que regula el conflicto en la norma tributaria y que sí encaja mejor con la figura de fraude entendida de manera coloquial. Es importante resaltar esto porque se tiende a malinterpretar el precepto de la cláusula antiabuso cuando se producen acusaciones de fraude a tenor de esta norma, cuando en realidad lo único que se estaría cometiendo es la infracción de una norma directamente, no indirectamente como supondría la existencia de fraude.⁸⁶

⁸⁵ Recordamos que el art. 11 de la Directiva 90/434 concedía los Estados Miembros la potestad de negar el régimen especial a una operación de reestructuración cuando se pruebe que ésta *tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal*.

⁸⁶ STS 96/2014, Sala Tercera, de 16 de enero de 2014, rec. 390/2011.

El TJUE también ha entendido el concepto de la misma forma, que pudimos comprobar por ejemplo cuando trajimos a colación el caso Foggia, pero que se reiteraba en casos anteriores como pueden ser Centros, Halifax y otros, Kofoed, etc. En todas ellas se defendía de una u otra manera que la aplicación de las normas de la Directiva *no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en dicho Derecho.*

La diferencia entre el *fraude* y los *finés de fraude* es fundamental porque se pueden dar casos en los que existen motivos económicos válidos, pero se considere que la actuación es igualmente fraudulenta, y viceversa, que no existan motivos económicos válidos, pero se aprecie que la conducta del sujeto pasivo es razonable o no se pueda probar fehacientemente la actitud fraudulenta. En este último caso la Administración podría salir de la norma específica antiabuso del art. 89.2 para aplicar la norma general antifraude del art. 15 LGT. Es por lo tanto absolutamente fundamental que quede probado el *animus fraudandi*⁸⁷ del sujeto pasivo, ya que, en principio, comprobar que la operación no atiende a motivos económicos válidos únicamente pone de manifiesto a efectos probatorios la no adecuación al régimen especial de fusiones, pero no implica una conducta o ánimo fraudulenta o evasiva.

Sin embargo, en más de una ocasión la Administración ha entendido esto de modo contrario. A saber, que una vez que se deniega la aplicación del régimen especial por no concurrir motivos económicos válidos, se presume que la operación escondía detrás un ánimo real de cometer fraude fiscal; un razonamiento que, aunque puede encajar en determinados casos, lo cierto es que resulta excesivo y puede provocar más daño que beneficios.

Aquí vamos a defender la postura ya sostenida por el TS cuando argumentaba que esta interpretación *sui generis* del fraude que en algunos casos establecía la Administración era *maximalista, insólita*, y que la situaba *alejada de cualquier remota idea de fraude*.⁸⁸ Resulta razonable el criterio del tribunal según el cual no se le debe de pedir en estos casos al contribuyente una prueba plena de que sus intenciones con la operación realizada es únicamente reducir su carga fiscal, pues invertimos notoriamente

⁸⁷ Lat. (ánimo de defraudar, de perjudicar dolosamente los intereses legítimos o los derechos ajenos)

⁸⁸ STS 4256/2015, Sala Tercera, de 14 de octubre de 2015, rec. 3392/2013

la carga de la prueba respecto de la Administración, que es quién efectivamente debe probar estas conductas, y no sólo eso, sino que introducimos para el contribuyente un principio de *prueba diabólica*⁸⁹, lo cual se convierte en algo muy difícil de resolver. Esto también ha sido mantenido de una u otra manera por el TJUE en los múltiples casos que hemos podido analizar (Halifax, Foggia, Kofoed, Centros, etc.)

La confusión que genera esta idea de fraude fiscal, entendida como cualquier desacuerdo que pueda tener la Agencia Tributaria con el sujeto pasivo por motivo de una operación de reestructuración, está íntimamente ligada con el concepto de la planificación fiscal, llegando a convertirse en realidades que se entienden como similares. La planificación fiscal no es, ni más ni menos, que la inclusión del gasto fiscal dentro de la planificación de la economía de la empresa o de la persona en general. Toda vez que el pago de impuestos se traduce en gastos para la economía de cualquier sujeto, planificar la mejor manera de hacer frente a ese gasto es completamente legal y legítimo.

No obstante, en los últimos tiempos se ha ido popularizando el concepto de planificación fiscal *agresiva*, para hacer referencia a determinada planificación fiscal que, siendo estrictamente legal, produce efectos indeseados. Consiste en aprovechar lagunas normativas, técnicas complejas o, simplemente, la falta de armonización/coordiación de las legislaciones tributarias para conseguir, por ejemplo, que un mismo gasto se deduzca en varias jurisdicciones o que se declaren como exentas rentas que no han tributado (o han generado un gasto deducible) en otro Estado.⁹⁰ Esta idea ha sido popularizada por los múltiples estudios llevados a cabo por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos⁹¹ en relación con este tipo de planificación fiscal que se aprovecha muy minuciosamente de la complejidad de las normas tributarias y de sus múltiples pasadizos. El problema lo encontramos cuando se identifican estas prácticas con la planificación fiscal corriente y legítima que se puede llevar a cabo por cualquier contribuyente. Y es que nos encontramos en una situación ante la que cualquier atisbo de

⁸⁹ Del latín *probatio diabolica*, consiste en cargar al acusado con la obligación de probar que algo no ha ocurrido o, por extensión, su propia inocencia. Es por ello que también se le conoce como *prueba inquisitorial*.

⁹⁰ ABAD VALDENEBRO, E.: “La planificación fiscal agresiva en el ámbito internacional”, *Blog GARRIGUES, Departamento de Derecho Tributario*, 2013 (<http://blog.garrigues.com/la-planificacion-fiscal-agresiva-en-el-ambito-internacional/>)

⁹¹ Por ejemplo, podemos citar: OCDE (2016), Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, Acción, 12 - Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris. (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264267367-es>)

planificación fiscal puede desencadenar una comprobación o investigación por parte de la Agencia Tributaria, cuando realmente el contribuyente puede no estar haciendo más que buscar el cumplimiento de aquellos requisitos que, lícitamente, pueden conllevar el disfrute de una exención o ventaja fiscal de cualquier tipo. Otra cosa bien distinta es que se utilicen mecanismos para transferir masivamente rentas fuera del territorio nacional, amparándose para ello en la jurisdicción de lejanos estados, o no tan lejanos, y es que el propio Parlamento Europeo, al debatirse sobre la lista europea de paraísos fiscales, ha insistido en múltiples ocasiones que debería haber países de la UE en la misma, criticando duramente las prácticas fiscales de algunos de los estados europeos. Así, llega a acusar a Bélgica, Chipre, Holanda, Hungría, Irlanda y Luxemburgo, de tener características propias de paraísos fiscales, de facilitar la planificación fiscal agresiva y de bloquear reiteradamente la adopción de medidas destinadas a evitar el fraude.⁹²

3. La viabilidad del régimen sancionador.

La autonomía de la cláusula antiabuso (art. 89.2 LIS) frente a la norma general del conflicto en la aplicación de la norma tributaria (art. 15 LGT) guarda relación directa con la posibilidad que tiene la Administración de poder imponer al sujeto pasivo una sanción.

Hasta hace unos años esto no suponía un problema mayor que cualquier otro, ya que ni el régimen especial contiene la posibilidad de establecer sanciones, ni la LGT ofrecía la posibilidad de imponer una sanción por vulneración del art. 15 de dicho texto legal. FALCÓN Y TELLA ya había señalado entonces que, una eventual regularización al amparo del art. 110.2 de la anterior LIS, no conllevaría nunca la imposición de sanciones.⁹³ Esto era así hasta que, en el 2015, La Ley 34/2015⁹⁴, a través de su art. Único. 35, modificó la LGT añadiendo la posibilidad de imponer sanciones para los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, regulándolo en su nuevo art. 206 bis, y dándole al asunto más controversia de la que había tenido hasta entonces⁹⁵. Dicha

⁹² POZA CID, R.: “¿Paraísos y abuso fiscal en la UE?”, *Periscopio Fiscal y Legal*, PWC, 2019 (<https://periscopiofiscalylegal.pwc.es>)

⁹³ FALCÓN Y TELLA, R.: op.cit, pág. 8.

⁹⁴ Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

⁹⁵ Esto adquiere connotaciones más serias si tenemos en cuenta que en los supuestos relacionados con este art. 206 bis LGT, la misma ley invierte la carga de la culpabilidad hacia el contribuyente, que deberá probar su diligencia debida o ausencia de culpabilidad frente a la Administración, como así lo establece el art. 179.2 LGT.

infracción tributaria es considerada grave y establece multas pecuniarias proporcionales de hasta el 50% de la cuantía no ingresada o devuelta indebidamente.

Desde entonces ha quedado latente la duda sobre si, al permitirse esta posibilidad, serviría como justificación para poder aplicar sanciones por vulneración del régimen especial de fusiones de la LIS. En principio, de la lectura del primer apartado del art. 206 bis LGT se concluye que *“Constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones tributarias mediante la realización de actos o negocios cuya regularización se hubiese efectuado mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley (LGT)”*, por lo tanto, y dado que el art. 89.2 es una cláusula autónoma de este precepto general de la LGT, no debería guardar vinculación con él, siendo además importante recordar que la analogía de las normas tributarias está expresamente prohibida en el art. 14 LGT.

Si nos retrotraemos diez años en el tiempo, una importante sentencia del Tribunal Constitucional, con fecha 10 de mayo de 2005⁹⁶, estableció que *“el fraude de ley tributaria es un hecho que no da lugar a la imposición de una sanción administrativa, sino que, una vez declarado, sus efectos se ciñen a imponer la aplicación de la norma eludida y, en consecuencia, el pago del tributo que, a través de la llamada norma de cobertura, se pretendía evitar, con sus correspondientes intereses por mora.”* Este pronunciamiento del TC tuvo un gran impacto y aceptación como ya hemos visto en anteriores casos, en los que esta doctrina parecía aflorar en numerosas sentencias del TS cuando establecía la diferencia entre norma defraudada y norma infringida. Pues bien, desde entonces parece que este criterio ha sido bastante seguido por los tribunales incluso después de la citada modificación que sufrió la LGT incorporando esa posibilidad de sanción en los supuestos de conflicto en la norma tributaria.

Así, hemos visto como el TS se ha apoyado en esta doctrina del TC para negar que se pudiera iniciar un expediente sancionatorio en virtud de la cláusula antiabuso del art. 89.2 LIS⁹⁷, y que, en consecuencia, *“una conducta en fraude de Ley Tributaria nunca puede dar lugar a una tipicidad por ilícito, ni penal, ni administrativo, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para su declaración”*. De todos modos, reconoce el

⁹⁶ STC 120/2005, Sala Segunda, de 10 de mayo de 2005, rec. 5388/2002

⁹⁷ STS 4931/2012, Sala Tercera, de 3 de julio de 2012, rec. 3703/2009. El alto tribunal apela en su fundamento jurídico noveno a la regulación contenida en el art. 24 de la antigua Ley General Tributaria, donde se prohibía expresamente la imposición de sanciones tributarias en los supuestos de declaración de fraude de ley, como señalamos más arriba.

TS que ésta es *“una cuestión controvertida, aún más complicada por la falta de definición específica de los conceptos de fraude y evasión fiscal, y por las dudas interpretativas que suscita.”* Pone de manifiesto el TS que la modificación que sufrió la cláusula antiabuso a raíz de la Ley 14/2000, en la que se eliminó la posibilidad de imponer sanciones que hasta entonces estaba reflejada en la inicial redacción dada por la Ley 29/1991⁹⁸, es lo que permite vincular esta imposibilidad de abrir un expediente sancionador con el art. 24 de la anterior LGT, que era entonces la que entraba en juego en aquel caso.

Esta doctrina del TS, apoyándose en los razonamientos esgrimidos por el TC en 2005, se ha reflejado en fallos posteriores del mismo tribunal, que simplemente se limita en sus razonamientos jurídicos sobre este asunto a reproducir el fundamento jurídico noveno de la anterior STS 4931/2012⁹⁹, y también en el ámbito europeo cuando veíamos el caso Halifax¹⁰⁰, que en la sentencia el TJUE expresaba que *“la comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación”*.

Con todo, conviene recordar que sería contrario al principio de tipicidad¹⁰¹ ser condenado a una sanción cuando la normativa aplicable al caso no contempla esta posibilidad, algo que igualmente ha ocurrido o se ha intentado en determinadas ocasiones. Podemos analizar, por ejemplo, una Resolución del TEAC de 2019¹⁰² en la que el Tribunal accede a abrir un expediente sancionador al sujeto pasivo al apreciar culpabilidad en su conducta por el motivo de que, como expone su fundamento jurídico séptimo, *“no cabe apreciar interpretación razonable eximente de responsabilidad dada la claridad de las normas fiscales y contables que regulan la materia y que debían ser conocidas por el contribuyente.”* Para llegar a esta conclusión, el TEAC comienza

⁹⁸ Art. 16.2 Ley 29/1991: *“cuando como consecuencia de la comprobación administrativa, se probase que se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora.”* [...]

⁹⁹ Un ejemplo de esto lo tenemos en la STS 773/2016, Sala Tercera, de 23 de febrero de 2016, rec. 887/2014, que cuando aborda el asunto de las sanciones en su fundamento jurídico decimosegundo, expresa que *“así se ha declarado en la Sentencia de esta Sala de 3 de julio de 2012 -recurso de casación 3703/2009 – en cuyo Fundamento de Derecho Noveno se dijo: ...”*

¹⁰⁰ STJUE de 21 de febrero de 2006, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise, asunto C-255/02 (TJCE 2006, 383)

¹⁰¹ Principio del Derecho Administrativo Sancionador recogido en el art. 25.1 CE: *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”*

¹⁰² Resolución del TEAC 0/01413/2016/00/00, de 11 de junio de 2019.

recordando el principio de inadmisión de la responsabilidad objetiva en el Derecho Administrativo sancionador que afirma nuestra jurisprudencia y que, conlleva que, *“para poder calificar la conducta del obligado tributario como infracción tributaria, con la consiguiente sanción, se precisa la concurrencia del elemento subjetivo en forma de dolo, culpa o simple negligencia junto a los elementos objetivos de antijuricidad y tipicidad.”*; y continúa reiterando la vigencia del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Tributario Sancionador sosteniendo que *“la apreciación de la culpabilidad en la conducta del sujeto infractor es una exigencia que surge directamente de los principios constitucionales”*.

Sin embargo, llegados a este punto, el TEAC resuelve el aspecto de la culpabilidad al entender que al sujeto pasivo *“le era exigible otra conducta distinta en función de las circunstancias concurrentes, pues el obligado tributario debía de conocer sus obligaciones y deberes para con la Hacienda Pública, no pudiéndose apreciar la diligencia debida en la conducta del mismo en orden al cumplimiento de sus obligaciones fiscales.”* Uno de los aspectos más llamativos de esta Resolución es que niega la posibilidad de realizar una interpretación razonable¹⁰³ de la norma, que pudiera exonerar al contribuyente del elemento de la culpabilidad, en base al tipo de actividad que lleva a cabo y a *“la claridad de las normas fiscales y contables.”* Estos criterios parecen excesivos y un tanto problemáticos en su aplicación pues, como decía el TJUE, el razonamiento para contemplar la culpabilidad debería estar *exento de ambigüedad*, y en este caso no es únicamente ambiguo, sino que se basa en una serie de presunciones, podríamos decir simplistas, sobre el grado de conocimiento que el contribuyente tiene de las normativas y su relación con una intención directa, o culpa, de cometer fraude.

¹⁰³ El TEAC matiza que, aunque la interpretación razonable pudiera ser causa excluyente de la culpabilidad, *“ha de ser precisado a fin de no amparar el abuso de la interpretación jurídica y del error de hecho o de derecho por parte de los obligados tributarios.”* En consecuencia, defiende que estos mecanismos no pueden operar de manera automática, sino que hay que analizar caso a caso, lo cuál parece correcto y riguroso. Lo realmente criticable es que, en este caso concreto, es que no aprecia interpretación razonable de la norma porque vincula voluntariedad con grado de conocimiento de la normativa, relacionando además regulación fiscal y contable de manera imprudente desde mi punto de vista, pues no hay más que adentrarse en la LIS para darse cuenta de las múltiples diferencias que existen entre ambas.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos abordado la problemática que plantea el tema de los “motivos económicos válidos” y la cláusula antiabuso en las operaciones de reestructuración patrimonial. Con esa finalidad hemos analizado, en primer lugar, cómo se ha desarrollado la cláusula antiabuso desde sus orígenes hasta su redacción vigente. Respecto de esta cuestión, nos ha parecido interesante destacar el marco comunitario en el que esta regulación se iba gestando, pues, como se ha podido observar a lo largo del trabajo, el papel de las instituciones europeas sigue siendo protagonista a la hora de resolver los conflictos interpretativos que se generan, y es que las disputas entre los tribunales nacionales y el tribunal europeo son frecuentes cuando se trata de una materia netamente económica.

Hay que señalar que la Directiva 90/434 pretendió en su momento alcanzar una armonización legal en materia fiscal que luego no ha tenido lugar, y, en base a lo que hemos analizado, no cabe esperar cambios al respecto en un futuro próximo, toda vez que las diferencias entre los diferentes Estados miembros no hacen sino aumentar, convirtiéndose algunos de ellos en genuinos paraísos fiscales como apunta el propio parlamento europeo. Hemos visto como los problemas interpretativos que se dan en relación con la cláusula antiabuso se han ido solventando por vía jurisprudencial por el TJUE, que, aunque no ha resuelto todavía las muchas cuestiones que suscita el tema objeto de este trabajo, apunta poco a poco hacia una mayor concreción de las mismas.

La segunda de las cuestiones que presenta especial interés en relación con este tema, es la delgada línea que separa la economía de opción de la conducta fraudulenta. Aquí se plantea la problemática de delimitar cuándo nos encontramos ante una legítima actividad de planificación fiscal y cuándo estamos ante una conducta ilícita en fraude de ley. Como se ha visto, el problema radica en la ausencia de concreción de la cláusula antiabuso en sentido práctico, lo que da lugar a múltiples soluciones por parte de los tribunales dependiendo de cada caso. De los asuntos analizados, llegamos a la conclusión de que, ante todo, la autonomía de la voluntad no puede ser un puente a través del cuál se pueda convertir en legal lo ilegal, y que, por lo tanto, para discernir la conducta legítima de la simulada tenemos que atender al sentido teleológico de la cláusula antiabuso y ver si se respeta o no. Entendemos que, en la línea en la que se ha expresado en múltiples ocasiones el TJUE, no es posible establecer criterios objetivos o preestablecidos para determinar el fraude o la conducta legítima, sino que depende de cada caso en concreto,

por lo que resulta imprescindible analizar cada asunto para llegar a una conclusión final sobre si se está actuando en fraude de ley o conforme a la legalidad.

Relacionado con lo anterior, nos ha parecido interesante poner de manifiesto los excesos en los que ha caído la Administración Tributaria en algunos casos al aplicar la cláusula antiabuso de forma desmedida. De los casos analizados hemos llegado a la conclusión de que esto es nuevamente producto de la ausencia de concreción de dicho precepto legal, con una redacción demasiado genérica o abierta, que da lugar a que la Administración pueda hacer de ella una interpretación un tanto desmedida en algunos casos. A esta conclusión hemos llegado apoyados en la opinión que reflejaban, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional, cuando se referían en estos casos a la peligrosa tendencia que demostraba la Agencia Tributaria en sus interpretaciones maximalistas.

Siendo vital para un correcto entendimiento de este trabajo, en tercer lugar, ha resultado fundamental analizar el funcionamiento de una operación de reestructuración empresarial o patrimonial para poder llegar a apreciar el ahorro fiscal que, cuantitativamente, puede llegar a suponer la aplicación del régimen especial de fusiones. El supuesto que hemos utilizado como ejemplo nos ha permitido entender que, ésta no es una cuestión de menor importancia, pues son muchas y variadas las ventajas fiscales que se pueden obtener o verse denegadas, y cuyo disfrute depende, en buena medida, de un correcto asesoramiento a través de consultas tributarias para obtener los objetivos queridos. Las elevadas cuantías de ahorro fiscal que pueden suponer estas operaciones de reestructuración, son el motivo por el que hemos querido relacionarlo con el polémico asunto de los paraísos fiscales, y es que, del caso analizado hemos llegado a la conclusión de que, gozar de una planificación fiscal de esas características, coloca a su beneficiario en una situación parecida a la que disfrutaría si estuviese en un paraíso fiscal, pero sin salir de los límites del Estado.

En cuarto lugar, nos ha parecido que tiene una gran relevancia analizar las consecuencias jurídicas que conlleva la inaplicación del referido régimen fiscal. En términos generales, se ha entendido que la inaplicación del régimen especial no conlleva la imposición de sanciones, pues para ello se requiere una base legal clara que no sea susceptible de ningún tipo de ambigüedad o interpretación. Hemos podido concluir que, al incumplir el régimen especial por no atender a motivos económicos válidos, no se está ante un fraude, pues para ello tendría que existir una infracción indirecta de la norma,

cuando lo que hay realmente es una infracción directa que, por tanto, es merecedora de la inaplicación del régimen por falta de justificación económica. Sin embargo, las recurrentes modificaciones y la falta de claridad que se desprende de la literalidad de la normativa reguladora de este régimen han provocado que en algunos casos se dicten resoluciones en las que se aprecia la concurrencia de sanción por no atender la operación a motivos económicos válidos, estableciéndose así una peligrosa presunción de fraude fiscal cuando el contribuyente no esgrimía argumentos económicos de peso ante el órgano regulador.

Un punto que entendemos ha tenido una central importancia a lo largo de todo nuestro estudio ha sido el de las consultas dirigidas a la Dirección General de Tributos, y es que los problemas que genera la cláusula antiabuso no sólo son de interpretación, sino que también guardan relación con los presupuestos de aplicación o la carga de la prueba de la concurrencia de los motivos económicos válidos. En consecuencia, podemos concluir que la inseguridad que se genera, unida a una jurisprudencia cambiante, han llevado a una situación en la que el contribuyente debe tener un notable papel previsor de sus actuaciones frente a la Agencia Tributaria. El medio para llevar a cabo esta labor son las consultas tributarias, que toman mayor protagonismo cuanto más se mantiene en el tiempo esta situación de incertidumbre e inseguridad jurídica. Hemos comprobado como las consultas son variadas en sus respuestas, pero sobre todo se ha puesto de manifiesto que son más abundantes que nunca, razón por la que hemos dado cuenta de un nutrido número de ellas en este trabajo.

Finalmente, pero no menos importante, nos ha parecido interesante hacer un breve análisis sobre el concepto de fraude fiscal, pues entendemos que uno de los grandes problemas que conlleva la normativa antifraude, es decir, la cláusula antiabuso, es el propio concepto jurídico del fraude. En nuestro estudio sobre este término, hemos llegado a la conclusión de que, el concepto de fraude que han venido recogiendo las diferentes normativas referentes a la cláusula antiabuso, no es coincidente con lo que habitualmente se conoce como fraude. Así, este fraude al que hace referencia la cláusula antiabuso con la expresión “*finis de fraude o evasión fiscal*”, tendría más que ver con el art. 7.2 de nuestro Código civil, que prohíbe el uso abusivo del derecho, que con el art. 15 LGT que regula el conflicto en la norma tributaria y que sí encaja mejor con la figura de fraude entendida de manera coloquial. Este pequeño detalle nos parece de extrema importancia porque, como ya se ha señalado, se tiende a malinterpretar el precepto de la cláusula

antiabuso cuando se producen acusaciones de fraude a tenor de esta norma, cuando en realidad lo único que se estaría cometiendo es la infracción de una norma directamente, y no indirectamente, como supondría la existencia de fraude.

Con estas conclusiones finalizamos el estudio sobre los motivos económicos válidos en las operaciones de reestructuración patrimonial, cuestión que, como hemos visto, dada la redacción de la normativa reguladora de dicho régimen, excesivamente abierta e indeterminada, ha provocado interpretaciones diversas que no permiten aportar una solución práctica y definitiva que solvete los problemas de interpretación de la cláusula antiabuso, con la inseguridad jurídica que se deriva de ello.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD VALDENEBRO, Eduardo, “La planificación fiscal agresiva en el ámbito internacional”, *Blog GARRIGUES, Departamento de Derecho Tributario*, 2013 (<http://blog.garrigues.com/la-planificacion-fiscal-agresiva-en-el-ambito-internacional/>)

CALDERÓN CARRERO, Jose Manuel, “Una vuelta de tuerca a la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones ¿hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 347, 2012, págs. 5-40.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

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

FALCÓN Y TELLA, Ramón, “El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010 Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de las calificaciones híbridas en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, RBS)”, *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2011.

FALCÓN Y TELLA, Ramón., “La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: art. 110.2 LIS”, *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2001.

GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, María Jesús, “Motivos económicos válidos como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2019.

LÓPEZ TELLO, Jesús, “La cláusula antiabuso del Régimen Fiscal de Fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg BV”, *Dialnet, Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, 2010, págs. 45-54.

NAVARRO EGEA, Mercedes, *La neutralidad fiscal de las aportaciones de ramas de actividad*, Cuaderno Aranzadi Jurisprudencia Tributaria, Aranzadi, 2016

OCDE (2016), Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, Acción, 12 - Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del

G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris. (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264267367-es>)

PALAO TABOADA, Carlos, “Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de reorganizaciones empresariales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 235, 2002, pág. 82.

PITA GRANDAL, Ana María y ANEIROS PEREIRA, Jaime, “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica Tributaria*, núm. 144, 2012, págs. 111-148.

POZA CID, Roberta, “¿Paraísos y abuso fiscal en la UE?”, *Periscopio Fiscal y Legal*, PWC, 2019 (<https://periscopiofiscalylegal.pwc.es>)

SOTO LÓPEZ, Diana, “La cláusula antiabuso del régimen fiscal de reestructuraciones”, *Crónica Tributaria*, núm. 157, 2015, págs. 181-201.

JURISPRUDENCIA

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 17 de julio de 1997, A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst / Ondernemingen Amsterdam 2, asunto C-28/95 (TJCE 1997, 156)

STJUE de 9 de marzo de 1999, Centros Ltd contra Erhvervs - og Selskabsstyrelsen, asunto C-212/97 (TJCE 199, 47)

STJUE de 21 de febrero de 2006, Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise, asunto C-255/02 (TJCE 2006, 383)

STJUE de 6 de abril de 2006, Agip Petroli SpA v Capitaneria di porto di Siracusa and Others, asunto C-456/04 (TJCE 2006, 110)

STJUE de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, asunto C-196/04 (TJCE 2006, 110)

STJUE de 5 de julio de 2007, Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet, asunto C-321/05 (TJCE 2007, 183)

STJUE de 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg BV v Staatssecretaris van Financiën, asunto C-352/08 (TJCE 2010, 147)

STJUE de TJUE de 10 de noviembre de 2011, Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, asunto C-126/10 (TJCE 2011, 349)

- Tribunales nacionales

STC 120/2005, Sala Segunda, de 10 de mayo de 2005, rec. 5388/2002

STS 3772/2010, Sala Tercera, de 5 de julio de 2010, rec. 373/2007.

STS 3455/2010, Sala Tercera, de 28 de junio de 2010, rec. 2100/2005.

STS 2739/2011, Sala Tercera, de 7 de abril de 2011, rec. 2281/2008.

STS 2598/2011, Sala Tercera, de 7 de abril de 2011, rec. 4939/2007.

STS 2601/2011, Sala Tercera, de 7 de abril de 2011, rec. 5999/2008.

SAN 4101/2011, Sala Tercera, de 22 de septiembre de 2011, rec. 361/2008.

STS 2356/2012, Sala Tercera, de 8 de marzo de 2012, rec. 3777/2008.

STS 3302/2012, Sala Tercera, de 14 de mayo de 2012, rec. 2144/2010.

STS 4334/2012, Sala Tercera, de 18 de junio de 2012, rec. 5352/2009.

STS 4931/2012, Sala Tercera, de 3 de julio de 2012, rec. 3703/2009.

SAN 2048/2013, Sala Tercera, de 25 de abril de 2013, rec. 187/2010.

STS 2198/2013, Sala Tercera, de 25 de abril de 2013, rec. 5431/2010.

STS 5619/2013, Sala Tercera, de 18 de noviembre de 2013, rec. 654/2012.

STS 96/2014, Sala Tercera, de 16 de enero de 2014, rec. 390/2011.

STS 4256/2015, Sala Tercera, de 14 de octubre de 2015, rec. 3392/2013.

STS 773/2016, Sala Tercera, de 23 de febrero de 2016, rec. 887/2014.

- *Tribunal Económico Administrativo Central*

Resolución del TEAC 6298/2012/00/00, de 8 de enero de 2015.

Resolución del TEAC 1975/2013/00/00 de 05 de febrero de 2015.

Resolución del TEAC 0/01413/2016/00/00, de 11 de junio de 2019.

- *Dirección General de Tributos*

Consultas V0472-06 y V0474-06, de 23 de marzo de 2006 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V1596-13, de 14 de mayo de 2013 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V2857-13, de 26 de septiembre de 2013 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V1261-15, de 24 de abril de 2015 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V1707-15, de 29 de mayo de 2015 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V3940-15, de 9 de diciembre de 2015 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V1850-16, de 27 de abril de 2016 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V0960-17, de 18 de abril de 2017 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consultas V1547-17, V1548-17, V1549-17, V1550-17, V1551-17, V1557-17, V1558-17, V1559-17 y V1605-17, de 16 de junio de 2017 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V1671-17, de 29 de junio de 2017 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V2920-17, de 14 de noviembre de 2017 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V0758-18, de 21 de marzo de 2018 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)

Consulta V0810-18, de 23 de marzo de 2018 (SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas)